

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**La Ley 7/1998 de 13 de abril de condiciones generales de la
contratación: control jurisdiccional y especialidades
procesales**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

José Manuel Blanco Gonzalo

Director

Jesús María González García

Madrid, 2017



**LA LEY 7/1998 DE 13 DE ABRIL DE
CONDICIONES GENERALES DE LA
CONTRATACIÓN: CONTROL
JURISDICCIONAL Y ESPECIALIDADES
PROCESALES**

**MEMORIA DE TESIS DOCTORAL QUE PRESENTA EL LICENCIADO
D. JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ,
DIRIGIDA POR EL
DR. D. JESÚS MARÍA GONZÁLEZ GARCÍA.**

SUMARIO

PARTE I:

LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y SU CONTROL JURISDICCIONAL

CAPÍTULO I.- LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN, REGULACIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO Y ESPAÑOL.....12

1. APARICIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.	12
1.1. Introducción	12
1.2. La libertad contractual como punto de partida y otras teorías que justifican las Condiciones Generales de la Contratación.....	14
1.3. El consumidor como parte de la relación contractual.....	16
1.4. El objetivo final: búsqueda de mecanismos procesales ágiles para exigir el cumplimiento de lo pactado	18
2. NECESIDAD DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y SU COMPATIBILIDAD CON LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	20
2.1. Consideraciones generales.....	20
2.2. Las Condiciones Generales de la Contratación como necesidad o utilidad social.....	22
2.3. Las alternativas para el control de las Condiciones Generales de la Contratación.....	23
3. LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO: LA DIRECTIVA 93/13/CEE.....	24
4. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA AL DERECHO INTERNO: LA LEY 7/1998 DE 13 DE ABRIL.	28
4.1. Antecedentes.....	28
4.2. Estructura de la Ley 7/98, normas de desarrollo y posteriores reformas.....	30
4.3. Lo que queda vigente de la Ley 7/98, de Condiciones Generales de la Contratación.....	32
5. NUEVAS TENDENCIAS NORMATIVAS	34
5.1. La nueva Ley alemana de modernización del derecho de obligaciones	35
5.2. El acervo comunitario europeo en la nueva ley alemana	36
5.3. Contenido de la nueva Ley alemana.....	38
5.4. Influencia de la Ley alemana en España: la Propuesta de modificación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2009.....	40

CAPÍTULO II.- CONCEPTO, NATURALEZA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.....43

1. CONCEPTO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.....	43
1.1. Introducción.	43
1.2. Concepto legal de condición general de la contratación y elementos que lo integran.	45
2. LAS PRESTACIONES ESENCIALES DEL NEGOCIO Y SU EXCLUSIÓN DE CONTROL JURISDICCIONAL.....	47

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y LÍMITES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL DE LAS PARTES.	51
4. ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA LEY 7/98, DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.	55
4.1. <i>Ámbito subjetivo de la Ley 7/1998</i>	56
4.2. <i>Contratos sometidos a la Ley 7/1998</i>	57
4.3. <i>Contratos excluidos</i>	60
4.4. <i>La delimitación del ámbito de la Ley como referencia de las acciones y procesos</i>	62
5. CONTRATOS INTERNACIONALES SUJETOS A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.	64

CAPÍTULO III.- EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.....70

1. CONTROL JURISDICCIONAL FRENTE A CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.	70
1.1. <i>Introducción: directrices de la Directiva 93/13 CEE.</i>	70
1.2. <i>La opción de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación</i>	72
2. CRITERIOS LIMITATIVOS DE LA LIBERTAD DE INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL EN LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.....	78
2.1. <i>Criterio limitativo a seguir en caso de divergencia entre la condición particular y la general.</i>	78
2.2. <i>Criterio interpretativo a seguir en caso de cláusulas oscuras: la regla "contra proferentem".</i>	80
2.3. <i>Regla de subsidiariedad: remisión al Código civil.</i>	84
3. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CAUSAS DE NULIDAD DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.....	85
3.1. <i>Introducción.</i>	85
3.2. <i>Criterio genral de nulidad y en la contratación entre empresarios.</i>	86
3.3. <i>Causa de nulidad en la contratación con consumidores.</i>	87
4. EL CONCEPTO DE CLÁUSULA ABUSIVA Y SUS REQUISITOS PREVIOS.	88
4.1. <i>Introducción.</i>	88
4.2. <i>El concepto legal de cláusula abusiva.</i>	89
4.3. <i>Los requisitos para considerar una cláusula abusiva.</i>	91
4.4. <i>La necesidad de prueba en juicio de los hechos que determinan la consideración de una cláusula como abusiva.</i>	94
4.5. <i>Control jurisdiccional de contenido y la necesidad de prueba de la contravención de la buena fe.</i>	95
5. CLÁUSULAS ABUSIVAS SEGÚN LOS ARTS. 85 A 90 LGDCU TEXTO REFUNDIDO (REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007).	96
5.1. <i>Relación de cláusulas abusivas en el derecho interno español.</i>	96
5.2. <i>El uso de conceptos indeterminados en la tipificación de las cláusulas abusivas po la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.</i>	104
5.3. <i>Aplicación de los criterios legales sobre cláusulas abusivas a contratos entre profesionales que tengan condiciones generales.</i>	107
6. CLÁUSULAS PROCESALES QUE SANCIONA COMO ABUSIVAS EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS	

(REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007 DE 16 DE NOVIEMBRE).....	109
6.1. <i>El pacto de inversión de la carga de la prueba</i>	110
6.2. <i>Los pactos sobre arbitrajes abusivos</i>	113
6.3. <i>Los pactos sobre modificación de fueros legales</i>	115
6.4. <i>Los pactos sobre costas</i>	118
7. DERECHO DE INFORMACIÓN Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS.....	120
8. EL CONTROL JURISDICCIONAL: TUTELA PRIVILEGIADA O ESPECIALIDADES PROCESALES.....	123

CAPÍTULO IV.- EL OBJETO DEL PROCESO EN LOS LITIGIOS

SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.....	126
1. LAS ACCIONES DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.	126
1.1. <i>Introducción</i>	126
1.2. <i>La utilización del término acción: justificación y breve recordatorio</i>	128
1.3. <i>Los diversos sentidos del término acción</i>	132
1.4. <i>Acción y derecho subjetivo: distintas teorías</i>	134
1.5. <i>Empleo del término acción en las leyes especiales</i>	137
1.6. <i>Finalidad de las acciones de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación</i>	138
2. CONCEPTO Y CARACTERES DE LAS ACCIONES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS.	141
2.1. <i>Aproximación</i>	141
2.2. <i>Clases de acciones colectivas de la Ley 7/1998</i>	143
2.3. <i>Acciones colectivas e intereses colectivos y difusos</i>	144
3. LA ACCIÓN DE CESACIÓN: CONCEPTO, CARACTERES Y EFECTOS.	148
3.1. <i>Concepto</i>	148
3.2. <i>Las tutelas integradas en la acción de cesación</i>	150
3.3. <i>Caracteres de la acción de cesación</i>	151
3.4. <i>Caracteres de la acción accesoria de devolución de cantidades e indemnización de daños y perjuicios</i>	153
3.5. <i>Efectos</i>	157
4. DIFERENCIAS ENTRE LA ACCIÓN DE CESACIÓN DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y LA ACCIÓN DE CESACIÓN DE LA LEY GENERAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.	159
5. LA ACCIÓN DE RETRACTACIÓN DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: CONCEPTO, CARACTERES Y EFECTOS.....	163
5.1. <i>Concepto</i>	163
5.2. <i>Caracteres</i>	167
5.3. <i>Efectos</i>	169
5.4. <i>Crítica a la regulación de la acción de retractación</i>	171
6. LA ACCIÓN DECLARATIVA DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: CONCEPTO, CARACTERES Y EFECTOS.....	172
6.1. <i>Concepto</i>	172
6.2. <i>Caracteres</i>	173
6.3. <i>Efectos</i>	175
7. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES: ESPECIALIDADES EN MATERIA DE ACCIONES COLECTIVAS E INDIVIDUALES.....	176
7.1. <i>Prescripción de acciones colectivas</i>	177

7.2. Nulidad de pleno derecho de cláusulas y prescripción.....	179
7.3. Prescripción de la acción individual.....	182

PARTE II:

ESPECIALIDADES PROCESALES EN EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

CAPÍTULO V.- ESPECIALIDADES SOBRE LEGITIMACIÓN.....	184
1. EXPLICACIÓN PREVIA.	184
2. LEGITIMACIÓN Y TITULARIDAD DEL DERECHO.	187
3. LA LEGITIMACIÓN EN LA LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.	189
4. LA TUTELA DE INTERESES SUPRAINDIVIDUALES Y LEGITIMACIÓN ACTIVA COLECTIVA.	192
4.1. <i>La superación del binomio legitimación-derecho individual.</i>	192
4.2. <i>La aparición de los intereses supraindividuales y su incidencia en la legitimación procesal.</i>	194
5. LA LEGITIMACIÓN COLECTIVA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.	197
5.1. <i>Consideración general.</i>	197
5.2. <i>La defensa de derechos e intereses generales de consumidores y usuarios.</i>	198
5.3. <i>La defensa de derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios.</i>	200
5.4. <i>La defensa de derechos e intereses difusos de consumidores y usuarios.</i>	202
5.5. <i>La defensa en el caso especial de ejercicio de la acción de cesación en procesos de consumo</i>	204
5.6. <i>La tutela colectiva de intereses individuales y su determinación.</i>	206
6. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES COLECTIVAS DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.....	207
6.1. <i>Introducción.</i>	207
6.2. <i>Las entidades legitimadas que enumera el art. 16 LCGC.</i>	210
6.3. <i>El sistema de lista cerrada del art. 16 LCGC.</i>	218
6.4. <i>Incidencia de la LEC en el sistema de lista cerrada.</i>	219
6.5. <i>El sistema de lista cerrada en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.</i>	221
6.6. <i>El sistema de lista cerrada en otras leyes recientes.</i>	223
7. LEGITIMACIÓN E INTERÉS DEL DEMANDANTE.....	226
8. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA.	229
9. LEGITIMACIÓN PASIVA.	232
10. EQUIPARACIÓN EN LO PROCESAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS Y ADHERENTES QUE NO TENGAN ESE CARÁCTER.....	236

CAPÍTULO VI.- ESPECIALIDADES PROCESALES COMUNES DE LOS PROCESOS SOBRE CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN.....	241
1. CONSIDERACIÓN PREVIA SOBRE LOS SUJETOS DEL PROCESO.....	241
2. ESPECIALIDADES PROCESALES RELATIVAS AL ÓRGANO JURISDICCIONAL.	242
2.1. <i>Consideración general.</i>	242
2.2. <i>La competencia internacional y la mal llamada “competencia material” (jurisdicción por razón del objeto).</i>	243
2.3. <i>Jurisdicción y competencia objetiva.</i>	246

2.4. La atribución de la competencia objetiva a los juzgados de lo mercantil.	248
2.5. La justificación de la intervención de los juzgados mercantiles.	250
2.6. Nuevo criterio: las acciones individuales a los juzgados de primera instancia y las colectivas a lo juzgados mercantiles.	252
2.7. Competencia funcional.	255
3. COMPETENCIA TERRITORIAL.	257
3.1. Fueros de competencia territorial: régimen legal general.	257
3.2. Los fueros relativos a acciones colectivas de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.	258
3.3. El fuero de la acción de cesación del nº 16 del art. 52.1 LEC.	259
3.4. Fuero de las acciones individuales de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.	261
3.5. Carácter inderogable de los fueros sobre condiciones generales.	261
4. EXAMEN DE LOS FUEROS INDEROGABLES CONCRETOS SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.	265
4.1. El fuero del lugar del establecimiento del demandado.	265
4.2. El fuero del domicilio del demandado.	269
4.3. El fuero del lugar de la adhesión.	271
4.4. El fuero en caso de acumulación de acciones y pluralidad de demandados.	272
5. ESPECIALIDADES RELATIVAS A LAS PARTES: PLURALIDAD DE PARTES	273
5.1. Consideración general.	273
5.2. Intervención y litisconsorcio en la LEC de 1881.	274
5.3. El litisconsorcio en la LEC 2000, caracteres generales.	277
5.4. La intervención en la LEC 2000, caracteres generales.	280
5.5. Facultades del interviniente.	283
6. LAS ESPECIALIDADES DE LA INTERVENCIÓN EN LOS PROCESOS EN QUE SE EJERCITAN ACCIONES COLECTIVAS DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.	285
7. LA INTERVENCIÓN DE LOS PERJUDICADOS EN PROCESOS PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.	289
7.1. La publicación de la admisión de la demanda para facilitar la intervención del perjudicado.	291
7.2. Obligación de notificar la demanda a los perjudicados determinados para posibilitar su intervención.	293
7.3. La forma de facilitar la intervención en los casos de intereses difusos e indeterminación subjetiva.	295
7.4. La facilidad o dificultad para determinar las personas perjudicadas.	297
7.5. Excepciones a las reglas de publicidad.	298
 CAPÍTULO VII.- ESPECIALIDADES PROCESALES DE LAS ACCIONES DE LA LCGC RELATIVAS A DILIGENCIAS PRELIMINARES, MEDIDAS CAUTELARES, PROCESO A SEGUIR Y ACUMULACIÓN DE ACCIONES Y PROCESOS.	 300
1. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE DILIGENCIAS PRELIMINARES.	300
1.1. Introducción.	300
1.2. Especialidades en los procesos de consumo.	303
1.3. Tribunal competente y tramitación.	307
2. ESPECIALIDADES SOBRE MEDIDAS CAUTELARES.	308

3. EL DICTAMEN AL REGISTRADOR DE CONDICIONES GENERALES PREVIO A LA DEMANDA. ..	312
4. DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO A SEGUIR CUANDO SE EJERCITEN ACCIONES RELATIVAS A CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.....	314
4.1. <i>El juicio ordinario como proceso típico.</i>	315
4.2. <i>El juicio verbal como especialidad de los procesos de consumo.</i>	316
4.3. <i>Críticas a la regla general del juicio ordinario.</i>	319
4.4. <i>Críticas a la vía jurisdiccional como exclusiva.</i>	322
4.5. <i>Control procesal de la adecuación del procedimiento.</i>	323
5. ACUMULACIÓN DE ACCIONES Y PROCESOS.	325
5.1. <i>Consideraciones previas.</i>	325
5.2. <i>Régimen general sobre la acumulación de acciones.</i>	326
5.3. <i>Régimen general sobre la acumulación de procesos.</i>	332
5.4. <i>Tratamiento procesal.</i>	333
6. ACUMULACIÓN DE ACCIONES; ESPECIALIDADES EN MATERIA DE CONDICIONES GENERALES.	336
6.1. <i>Introducción.</i>	336
6.2. <i>Requisitos de compatibilidad y conexión de acciones.</i>	340
6.3. <i>Requisitos de jurisdicción y competencia.</i>	342
6.4. <i>Requisitos sobre procedimiento a seguir.</i>	346
6.5. <i>Momento de formular la acumulación.</i>	348
6.6. <i>La acumulación de acciones, control de oficio y a instancia de parte .</i>	349
6.7. <i>Efectos de la acumulación.</i>	351
7. ACUMULACIÓN DE PROCESOS; ESPECIALIDADES EN MATERIA DE CONDICIONES GENERALES.	352
7.1. <i>Los requisitos para que proceda la acumulación.</i>	352
7.2. <i>Normas especiales en procesos de consumidores.</i>	355
CAPÍTULO VIII.- LA SENTENCIA EN PROCESOS DE ACCIONES COLECTIVAS: ESPECIALIDADES PROCESALES	361
1. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS QUE RESUELVEN LOS PROCESOS EN QUE SE EJERCITAN LAS ACCIONES COLECTIVAS.	361
1.1. <i>Introducción: Pronunciamientos de las sentencias.</i>	361
1.2. <i>Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios, especialidades de la LEC.</i>	363
1.3. <i>Aplicación de las especialidades a los procesos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.</i>	369
2. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE RECURSOS CONTRA LAS SENTENCIAS.	372
3. ESPECIALIDADES RESPECTO A LA PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS.	375
4. ESPECIALIDADES RESPECTO A LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN DE LAS SENTENCIAS.	380
4.1. <i>Introducción.</i>	380
4.2. <i>Actos procesales inscribibles en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.</i>	382
4.3. <i>Inscripción de las sentencias relativas a acciones colectivas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.</i>	384
5. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA QUE RESUELVE LAS ACCIONES COLECTIVAS.....	387
5.1. <i>Consideraciones generales.</i>	387

5.2. Sentencias en procesos en que están personados consumidores y usuarios concretos y determinados .	389
5.3. El incidente declarativo del art. 519 de la LEC.	390
5.4. Momento procesal para promover el incidente.	393
5.5. Ejecución de condenas de no hacer.	394
5.6. Otras especialidades de la ejecución.	396
5.7. Ejecución de sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios.	397
5.8. Ejecución de la sentencia en relación con el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.	399
6. EFICACIA DE LA SENTENCIA Y COSA JUZGADA.	400
6.1. Introducción.	400
6.2. Requisitos para la aplicación de la cosa juzgada.	402
6.3. Especialidades de la cosa juzgada en los procesos de condiciones generales de la contratación.	404
6.4. Eficacia de la sentencia sobre los contratos individuales.	408
7. COMPATIBILIDAD DE LAS SANCIONES EN VÍA ADMINISTRATIVA Y LO DECIDIDO EN SENTENCIA DE ACCIONES COLECTIVAS.	410

CAPÍTULO IX.- LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: ESPECIALIDADES PROCESALES.

1. LA TUTELA JURISDICCIONAL INDIVIDUAL.	412
2. TIPOS DE ACCIONES INDIVIDUALES.	413
3. FINALIDAD DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL: OBTENER UNA DECLARACIÓN JUDICIAL DE NO INCORPORACIÓN AL CONTRATO O DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE CONDICIONES GENERALES.	414
3.1. Los criterios legales de incorporación al contrato.	416
3.2. La aceptación del adherente de las condiciones generales.	419
3.3. Requisitos de formulación de las cláusulas.	421
3.4. Los requisitos cuando interviene fedatario público.	424
3.5. Caso de contratos no formalizados por escrito: la prueba a cargo del predisponente.	425
3.6. La incorporación en contratación a distancia y contratación telefónica o electrónica.	425
4. LA INCORPORACIÓN DE CONDICIONES GENERALES EN CONTRATOS DE CONSUMO.	429
5. PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN.	434
6. ESPECIALIDADES DE LA LEGITIMACIÓN EN LA ACCIÓN INDIVIDUAL.	436
6.1. Consideraciones generales.	436
6.2. Ejercicio de la acción por consumidores y menores de edad.	437
7. OTRAS ESPECIALIDADES PROCESALES DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL.	439
7.1. La carga de la prueba en juicio de los requisitos de incorporación.	439
7.2. Ejercicio de la acción individual por el adherente.	441
7.3. Ejercicio por vía de reconvencción o excepción.	444
7.4. Caso especial del proceso de ejecución.	447
7.5. La nueva Ley 1/2013 de 14 de mayo, los efectos de la cláusula nula	

<i>en el proceso de ejecución general e hipotecaria.</i>	451
7.6. <i>Otras vías de posible alegación.</i>	453
8. LA NULIDAD DE UNA CLÁUSULA: CONTROL DE OFICIO POR EL TRIBUNAL.	455
9. LA SENTENCIA ESTIMATORIA: EFECTOS SOBRE EL CONTRATO.	460
9.1. <i>Consideraciones generales.</i>	460
9.2. <i>Efectos de la declaración de no incorporación o de nulidad.</i>	462
9.3. <i>Efectos en caso de que el contrato no pueda subsistir.</i>	465
9.4. <i>Casos de declaración de nulidad parcial.</i>	465
10. CLÁUSULAS ABUSIVAS, LA SUPRESIÓN DE LA FACULTAD DEL TRIBUNAL PARA MODERAR E INTEGRAR EL CONTRATO EN SENTENCIA.	467

CONCLUSIONES.....	471
-------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	525
-------------------	-----

ANEXOS

1.- ABSTRACT	536
2.- RESUMEN TESIS (TESEO)	538

ABREVIATURAS

AC:	Aranzadi Civil.
ADC:	Anuario de Derecho Civil.
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AP:	Audiencia Provincial.
BGB	Bürgerlicher Gesetzbuch
CC:	Código Civil.
CE:	Constitución Española
CER	Centro de Estudios Registrales
CG/CGC:	Condición/es General/es, o Condiciones generales de la Contratación.
CR	Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales
LCGC:	Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998 de 13 de abril).
LCC:	Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo).
LCD:	Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991 de 10 de enero).
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000 de 7 de enero).
LFE:	Ley de firma electrónica (Ley 59/2003 de 19 de diciembre).
LGDCU:	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios Ley 26/1984 de 19 de julio. (Derogada por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de esta Ley y deroga el texto anterior).
LGP:	Ley General de Publicidad (Ley 34/1988 de 11 de noviembre).
LOCM:	Ley de Ordenación del Comercio Minorista (Ley 7/1996 de 15 de enero).
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 6/1985 de uno de julio).
PECL:	Principios Europeos de Derecho Contractual de la Comisión Lando
RAJ:	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
RAL:	Repertorio Aranzadi de Legislación.
RCDI:	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB:	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.

R.D.Com.	Rivista di Diritto Comparato
RCGC:	Reglamento de Condiciones Generales de la Contratación (R.D. 1828 / 1999 de 3 de diciembre).
R°C GC:	Registro de Condiciones Generales de la Contratación.
RDP:	Revista de Derecho Privado.
RDPr:	Revista de Derecho Procesal.
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto Procesuale Civile
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre).
TJCE/TJUE:	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o de la Unión Europea.
TC:	Tribunal Constitucional.
TS:	Tribunal Supremo.

PARTE I:

LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y SU CONTROL JURISDICCIONAL

CAPÍTULO PRIMERO

I. LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN, REGULACIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO Y ESPAÑOL.

1. Aparición y evolución histórica de las condiciones generales de la contratación.

1.1. Introducción

Una de las más significativas consecuencias del desarrollo de la sociedad industrial ha sido el fenómeno de la contratación en masa. La realidad de que los bienes y servicios que producen los empresarios y profesionales son adquiridos y se destinan a grandes sectores de la población fue un factor decisivo para la aparición de una nueva forma de contratación, un nuevo marco de relaciones jurídicas, con manifestaciones en el mercado y con no menor trascendencia en el ámbito jurídico procesal.

Esa revolución industrial, que alcanza su máxima expresión en el pasado siglo XX, originó la aparición de grandes y poderosas empresas con capacidad de producir bienes en serie en forma masiva, lo que permitió reducir costes y precios, y la creación, en definitiva, de riqueza y empleo del que se benefician sectores muy amplios de la sociedad, ostentando al mismo tiempo poder real en el mundo económico e incluso en el político.

La producción en masa requiere de métodos más rápidos que prescinden del trato individual, y se sirve de modelos de contratos que generalizan las condiciones de la transacción y establecen una única “*ley del contrato*” que el potencial contratante se limitará a firmar, “*adhiriéndose*” a la misma y quedando vinculado a todas las condiciones y disposiciones, aunque no haya participado en su elaboración ni tenga posibilidad alguna de modificarlo¹. Lo que se dice de los bienes es aplicable de igual modo a los servicios (pensemos por ejemplo en la enseñanza de idiomas a gran escala, o la enseñanza de formación profesional, entre otros ejemplos, bien a distancia o presencial). Producción y contratación en masa son consecuencia lógica una de otra, pues en el contexto descrito se hace difícil negociar cada contrato individualmente, y la limitación y racionalización de costes alcanzará también a la fase de comercialización.

Si inicialmente ese era el marco en que se utilizaban las condiciones, en la actualidad las condiciones generales también son utilizadas por aquellos empresarios y profesionales, medianos e incluso pequeños, que podrían negociar individualmente sus contratos pero que sin embargo optan por hacer uso de las condiciones generales con el fin de establecer condiciones o cláusulas contractuales homogéneas en el desarrollo de su actividad que imponen a los que con ellos contratan, lo que facilita el trabajo de la empresa y sus empleados. Esa imposición de condiciones contractuales exigirá una mayor vigilancia en el control de legalidad de sus contenidos.

¹ Vid., en general, GARCÍA CANTERO G., en *Castán Derecho Civil Español Común y Foral*, t. 3º, pp. 528-32, Reus, Madrid 1992. DÍEZ-PICAZO L., “Los llamados contratos forzosos” ADC, 1956 I, pp. 85-118; y *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, t I, Introducción. Teoría del Contrato*, 4ª edición, Civitas, Madrid 1993, pp. 126-8. DE CASTRO F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid 1985; “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, ADC 1961 Suplemento y Cuadernos Civitas, Madrid 1985; “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta”, ADC 1958-III, pp. 1003-40.

1.2. La libertad contractual como punto de partida y otras teorías que justifican las Condiciones Generales de la Contratación

Como la vida suele ir por delante del Derecho, la contratación en masa recurrió al Derecho existente o, mejor, a las normas generales vigentes en materia de contratación, para alcanzar los fines señalados y así las empresas ampararon su actuación en el principio de la *libertad de contratación o de libertad contractual*, del que constituye manifestación más característica lo que en nuestro Derecho se conoce como *autonomía de la voluntad*².

Este principio, introducido por los códigos civiles liberales del siglo XIX, estaba pensado de forma clara para otro tipo de sociedad muy diferente a la actual, aunque a los principios generales de los códigos se acogieron indistintamente empresarios pequeños, medianos y grandes, al igual que los particulares y profesionales, incluso la Administración. Nada importaba que se tratara de pequeños contratos o de servicios generales prestados en régimen de concesión o de monopolio para toda la población. Unos y otros utilizaban la libertad de contratación, en tanto en cuanto conviniera a sus intereses.

Además, las empresas desvincularon el principio de las propias limitaciones contenidas en otros preceptos de los mismos códigos y se quedaron exclusivamente con su formulación primaria de libertad absoluta para modificar el Derecho dispositivo, con los límites generales de la ley imperativa, la moral o el orden público³. De ahí que el empresario o profesional (parte del contrato a la que se denomina *predisponente*) se consideraba facultado para redactar un modelo de

² LALAGUNA E., “La libertad contractual”, RDP 1972, pp. 871-94. 873 y 886-7. O’CALLAGHAN X., *Condiciones generales de contratación: Conceptos generales y requisitos*, CGPJ, 1993, pp. 9-37, 12. ALFARO AGUILA-REAL J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid 1991. GARCÍA AMIGO M., *Condiciones generales de los contratos*, Edt. RDP, Madrid 1969.

³ DE CASTRO F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, ADC, 1982-III, pp. 987-1085.

contrato a su gusto, que vinculaba al adquirente por la manifestación libre de su voluntad de adhesión, aunque esta voluntad sólo tuviera una única alternativa: la de contratar o no hacerlo, y si optaba por hacerlo únicamente se llevaría a efecto en las condiciones preestablecidas por el empresario.

En Italia se ha dado también como fundamento para la validez de las condiciones generales de los contratos la “*libertad de iniciativa económica*” que consagra el art. 41 de su Constitución, libertad que debe incluir el derecho de planificar los términos en que se desea contratar, dándoles un contenido homogéneo y predeterminado⁴. En España, algún autor sostiene que el fundamento constitucional de la formulación de condiciones generales se encuentra en el derecho a la libertad de empresa, recogido en el art. 38 CE, al que el art. 53 de la Carta magna otorga un mayor nivel de protección que al principio de protección de los consumidores, regulado en el art. 51 CE⁵.

En épocas recientes, las teorías más liberales han encontrado una formulación atenuada de las condiciones generales, en lo que se denomina “*análisis económico del Derecho*”, desarrollado inicialmente por la “Escuela de Chicago”⁶. Esta corriente doctrinal⁷, pretende superar la tradicional autosuficiencia de la ciencia del Derecho efectuando un análisis económico de la misma, y busca la racionalidad de

⁴ En este sentido, DI MAJO A., “Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto” R.D.Com, 1970-I, pp. 192-247.

⁵ Vid., TIMPANARO RONCERO S., “Las condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas”, coordinado por L. Díez-Picazo, Fundación BBV-Civitas, Madrid 1996, pp. 289-311.

⁶ Nacida en los años 60 en Estados Unidos con el nombre de “New Law and Economics”. Parte esta escuela de la premisa de que toda la actividad humana (social, económica, jurídica y política) se explica desde el paradigma del “*homo economicus*”. Con ello se invierte el clásico análisis jurídico de la economía, por la posición contraria de explicar el derecho desde la perspectiva económica, recurriendo a principios y conceptos económicos a través de los cuales debe ser construido el derecho.

⁷ Para una mayor exposición de su origen, desarrollo, diferentes corrientes y críticas, vid. PAZ-ARES C., “La economía política como jurisprudencia racional” ADC, 1981-II, pp. 601-707.

sus normas sobre la base de postulados económicos y de eficiencia, formulando una Teoría General del Derecho en términos de Economía política.

Según la Escuela de Chicago, el objetivo del Derecho es promover la *eficiencia*, facilitando la colocación de los recursos donde alcancen la mayor utilidad, lo que favorecería la creación de riqueza y el desarrollo social. Conforme a dichos postulados, el Derecho contractual tendría como función asegurar la transacción del mercado, el contrato que sustancia la transferencia de medios donde mayor valor se pueda obtener. En esa línea el Derecho debe, por una parte, minimizar los conflictos en el proceso de intercambio y los costes de transacción para facilitar la conclusión de los contratos; de ahí que el derecho dispositivo deba ofrecer un “*modelo contractual*” que a priori sea deseable por ambas partes y susceptible de eliminar los costes de negociación y previsión, evitando los que hicieran inviable el contrato; y, por otra parte, el Derecho contractual tiene la función de *asegurar* el cumplimiento de lo pactado, garantizar la fuerza vinculante del contrato, dando seguridad al mercado y extendiendo la confianza en su cumplimiento, evitando los costes que implicaría desarrollar sistemas privados de cumplimiento contractual.

1.3. El consumidor como parte de la relación contractual

Frente a esas tendencias justificativas de derechos absolutos, en las últimas décadas surge un nuevo concepto: el de “*consumidor*“, sujeto que debe ser objeto de atención especial para el Derecho, pues incluso su amparo se deriva de los textos constitucionales, que imponen a los poderes públicos velar por su protección⁸. Este hecho ha motivado que la legislación tienda, por una parte, a limitar el campo del derecho dispositivo cuando intervenga el consumidor, además de velar por el justo

⁸ Cfr. en el caso español el art 51 de la Constitución de 1978.

equilibrio de las prestaciones en aquellos contratos en que el Derecho puede ser sustituido por la voluntad de los particulares; y, también, a dictar normas especiales para el consumidor cuando interviene en los procesos ante los tribunales⁹.

Junto a ello, existe una gran preocupación por la claridad y transparencia de la vida económica y por la competencia leal y el juego limpio de los mercados, lo que lleva a establecer controles de legalidad destinados a salvaguardar los derechos de la parte más débil del contrato. En el desarrollo del Derecho del Consumo ha desempeñado un papel decisivo el fuerte movimiento asociativo en materia de consumo y de protección del consumidor que ha impulsado la vigilancia y la denuncia de los abusos, al mismo tiempo que ha obligado al legislador a buscar su *legítima actuación* en defensa de los derechos individuales y colectivos de sus asociados.

De ahí las modificaciones legislativas que, tanto en el Derecho sustantivo como en el procesal, ha sido preciso llevar a efecto en los últimos años, espoleadas también por la Comunidad Europea, con el fin de conseguir que los países de su influencia tengan legislaciones homologables en esta materia.

Un último factor relevante al analizar la evolución del Derecho contractual es el referente al tratamiento jurídico a las grandes empresas de servicios generales: me refiero a las grandes empresas suministradoras de servicios básicos que son utilizados por la práctica generalidad de la población (pensemos en los servicios de agua, gas, luz y teléfono, entre otros) y se prestan en muchos casos en régimen de monopolio o cuasi monopolio, y en casi todos los casos no podrían prestarse si no partieran de la utilización de bienes públicos (ríos, embalses, canalizaciones de calles y vías públicas, etc.) que usan en concesión o autorización administrativa.

⁹ Todo ello obliga a revisar la teoría general del contrato como apuntaba GARCÍA CANTERO G., “Integración del Derecho del Consumo en el Derecho de obligaciones”, Revista Jurídica de Navarra, v. 13, 1992, pp. 37-51.

La disyuntiva a considerar es si tales empresas pueden recurrir al Derecho privado para aplicar sus principios en los contratos que pactan con sus clientes, cuando esos principios no han sido configurados para esas situaciones; o bien si este tipo de contratos deben salir del marco del Derecho privado y deben ser autorizados y controlados por la Administración.

Lo mismo se podría decir de los contratos de transporte que se prestan en régimen de concesión o en el campo financiero los contratos de Banca y Seguros, donde la intervención de la Administración es imprescindible para velar por la solvencia y cumplimiento de obligaciones al manejar fondos en depósito de otros, o por las expectativas de que las reservas establecidas por imposición legal servirán para garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos.

1.4. El objetivo final: búsqueda de mecanismos procesales ágiles para exigir el cumplimiento de lo pactado

En todos los casos referidos, se hace preciso valorar cuáles son las premisas para que la voluntad de los particulares, que hace nacer el contrato, deba tener la protección estatal, es decir, la *fuerza coactiva* suficiente para, en caso de incumplimiento, exigir ante la Jurisdicción lo convenido. Todo el camino recorrido para llegar al contrato sería una pérdida de tiempo si al final no se pudiera exigir su *cumplimiento forzoso* en caso de incumplimiento de lo convenido, y es aquí donde las leyes sustantivas y procesales deben dar respuesta para conseguir una *tutela efectiva* de las partes tendente a reforzar el valor de los pactos y la confianza del mercado en que el convenio será cumplido.

La contratación en masa, como hemos visto, tiene como objetivo una racionalización de costes, incluso en la fase de comercialización de los bienes y servicios, y una limitación de riesgos, o al menos unos riesgos calculados en su

cuantía y asumibles por el rendimiento del propio negocio. Por ello, se considera que eso sólo se puede conseguir por la vía de los contratos estandarizados, en los que el empresario o predisponente establece las condiciones en que se quiere obligar y el adquirente o consumidor no tiene otra alternativa que aceptar o no esas condiciones. Pero el empresario o predisponente quiere eso siempre que tenga la seguridad de que, en caso de conflicto, lo pactado será exigible, y cuenta con la fuerza coactiva del Estado para hacerlo valer, pues en otro caso, además de introducir un elemento de inseguridad, haría inútil el esfuerzo redactor del contrato realizado.

Al examen de algunas de esas cuestiones se dirige el presente trabajo, que pretende analizar, *desde la perspectiva procesal*, algunos de los problemas relevantes que plantea la regulación de las condiciones generales de la contratación en nuestro Derecho, así como las especialidades en la tutela judicial de los derechos e intereses que derivan de la contratación en masa. Siendo conscientes de que estamos en un campo donde se aprecia con nitidez la dificultad de establecer fronteras entre las ramas y especialidades de la ciencia del Derecho y la unidad sustancial de éste, dejando en evidencia la naturaleza convencional y nada indiscutible de los linderos entre aquellas ramas o especialidades, lo que obliga en muchos casos al estudio conjunto de lo sustantivo y procesal de las condiciones generales de la contratación cuyo examen se aborda, incluso, con aspectos importantes del Derecho Administrativo.

La legislación española sobre condiciones generales de la contratación parte de imponer, de forma exclusiva, un control judicial sobre las condiciones generales de la contratación y todos los principios y criterios que establece se orientan a facilitar ese control, tanto desde la perspectiva de los derechos y obligaciones de las partes, como de los criterios que debe tener en cuenta el tribunal a la hora de decidir la contienda.

En los últimos años juega un relevante papel en este campo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de consumidores, que ha provocado cambios en la tutela judicial de las condiciones generales de la contratación, a través de la aplicación del sistema europeo de garantías en materia de consumidores. En estas páginas se pasa revista a la incidencia de la Directiva 93/113 cuando se trata de la aplicación de condiciones generales de la contratación a consumidores, algo que ocurre en la mayoría de las ocasiones pero que no siempre es así, como veremos. La trasposición de la legislación comunitaria al Derecho interno y la generalización del uso de instrumentos tales como la cuestión prejudicial europea por los jueces españoles ha contribuido a adquirir una mayor conciencia del valor del Derecho comunitario como derecho directamente aplicable dentro de nuestras fronteras y vinculante, para las partes y para los poderes públicos, también en la materia que nos ocupa. El presente trabajo tiene como finalidad, precisamente, el estudio del alcance de ese control judicial particular y de las especialidades procesales que para el mismo se impone en la normativa aplicable.

2. Necesidad de las condiciones generales de la contratación y su compatibilidad con la autonomía de la voluntad.

2.1. Consideraciones generales.

La contratación en masa ha incidido considerablemente en la facultad de libre contratación entre particulares expresada en el principio de la autonomía de la voluntad y también en la tutela judicial que se ha venido dispensando a ésta. La autonomía de la voluntad tiene su fundamento en la condición de la persona misma, la dignidad de la persona humana que está íntimamente unida a su condición de ser libre. Como decía Cervantes, por boca de don Quijote, "*la libertad es uno de los*

*más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos*¹⁰", y en la correcta utilización o uso de la misma estarán muchas de las claves de su devenir vital.

Como deriva o expresión de esa libertad, surge la posibilidad de que los individuos dicten normas para autorregular sus relaciones privadas, normas que el Estado asumirá como propias concediéndoles una eficacia semejante a la de la Ley a la hora de exigir su cumplimiento. Así el art. 1091 del Código Civil establece que *"las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos"*.

La libertad contractual se construye sobre la base del principio *"pacta sunt servanda"*, y su manifestación más característica, la autonomía de la voluntad¹¹, no puede ser *ilimitada*, como no lo es derecho alguno, pues llevaría al absurdo de admitir que todo lo que no está prohibido por la ley está permitido, marginando así toda consideración *ética*, en especial las limitaciones derivadas del principio de buena fe¹². Como decía el Decreto de 20 de Septiembre de 1.869, de Bases para la redacción del Código de Comercio, *"los contratos que merecían la protección legal han de ser libres y en ellos ha de imperar la justicia, por lo que se excluían todos los privilegios o monopolios en favor de gremios, corporaciones o personas"*.

Por su lado, la Exposición de Motivos del Código de Comercio reconoce una amplísima libertad para contratar *"dentro de los principios eternos del derecho y de la moral"*. Aunque los conceptos de igualdad jurídica y equilibrio económico deben ser de menor entidad, ante los principios superiores de la *justicia del contrato* y cumplimiento de los principios de buena fe y equidad, como más significativos.

¹⁰ MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA, *Don Quijote de la Mancha*, Afrodisio Aguado S.A. Editores-Libreros, tercera edición, Madrid Enero 1967, cap. LVIII, p. 1020.

¹¹ LALAGUNA E., "La libertad contractual" RDP 1972, pp. 871 y 887.

¹² DE CASTRO F., "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad" ADC 1982-III, pp. 987-1085.

2.2. *Las Condiciones Generales de la Contratación como necesidad o utilidad social*

Las condiciones generales de la contratación han llegado a ser un instrumento indispensable en el moderno tráfico jurídico, sin el cual no sería posible la distribución de bienes y servicios que acceden masivamente al mercado y la organización de las grandes empresas que operan en el mismo. Constituyen, por tanto, un bien de utilidad social de especial relevancia, básico para el funcionamiento de la sociedad de mercado y cuya eficacia debe protegerse legalmente. Como señala la STS1ª de fecha 18 de junio de 2012 (RAJ-8857) este sistema de contratación cabe calificarlo como “*un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico*”.

Tal instrumento produce una cierta quiebra en el modelo contractual tradicional basado en la libertad de pactos, sobre todo porque sólo una de las partes (el predisponente) dicta la *lex contractus*, pudiendo alterar la normal distribución de derechos y obligaciones en su exclusivo beneficio, rompiendo el justo equilibrio de las prestaciones, en perjuicio de la libertad e igualdad de los contratantes, que hoy sólo es formal, ideológica, pero no real, social y material.

Esta situación de contratación es un ideal que, como señala Gondra¹³, nunca tuvo aplicación real, lo que fue aceptado por los codificadores, que mantuvieron la fuerza vinculante de los contratos a pesar de esa falta de igualdad de los contratantes, de idéntico modo como hoy ocurre en los contratos de adhesión, sin que esa falta de igualdad tenga una relevancia decisiva, pues lo que se busca es el equilibrio de las prestaciones u obligaciones y derechos de las partes del contrato y su conformidad con la buena fe que debe regir el pacto.

¹³ GONDRA ROMERO J.M., *Derecho Mercantil, t. I.*, Servicio de Publicaciones Univ. Complutense Madrid 1992, pp. 204-207.

2.3. Las alternativas para el control de las Condiciones Generales la Contratación

Ante esa circunstancia, las alternativas que se ofrecen en el estado actual de la regulación sobre el tema se reducen a las dos siguientes.

En primer lugar, optar por un sistema en que se parte de un principio de libertad muy amplia para establecer los pactos que el empresario estime oportunos a la conveniencia del negocio, con limitaciones genéricas derivadas de principios éticos (buena fe, prohibición del abuso, equilibrio de prestaciones, y otros) que en su aplicación queden, más o menos, al arbitrio del tribunal sin pautas legales taxativas, que sería el sistema derivado de los códigos decimonónicos.

En segundo lugar, la otra alternativa sería optar por un sistema de limitación del poder de las partes para modificar el Derecho dispositivo, al mismo tiempo que se establecen filtros legales y control judicial, con criterios de legalidad que vinculen al tribunal al resolver la contienda.

De las dos opciones, la segunda es el sistema hacia el que caminan las legislaciones de nuestro entorno a partir de los criterios adoptados por la Unión Europea en materia de derechos de los consumidores y el control de las condiciones generales de los contratos. Esta opción parece más aconsejable ya que se adapta mejor a los criterios de equidad y justicia que imperan en las sociedades democráticas de occidente, donde se descarta el abuso del derecho, la mala fe, la oscuridad en la redacción y fijación de derechos y obligaciones y la exigencia de derechos sin contraprestación; y en las que también se da gran importancia al cumplimiento del contrato y a la seguridad que ello representa en la vida económica, seguridad que sólo un marco jurídico claro y bien definido puede proporcionar al limitar el margen de interpretación.

Cabe incluso la posibilidad de establecer controles administrativos previos de las propias cláusulas estandarizadas, que al final redunden en mayor seguridad para el empresario, al aumentar considerablemente la garantía de exigibilidad de las cláusulas que definitivamente incluya en sus transacciones después de haber pasado esos controles.

Con lo expresado, se puede decir que se limita la libertad de las partes para modificar el Derecho dispositivo y la posibilidad de crear figuras contractuales atípicas que se adapten mejor al constante devenir de la vida empresarial, pero tales limitaciones son perfectamente asumibles en aras de la seguridad y claridad expresadas¹⁴.

3. Las condiciones generales de la contratación en el Derecho Comunitario: la Directiva 93/13/CEE.

La CEE fue consciente de que el fenómeno de la contratación en masa tenía la necesaria relevancia para ser objeto de regulación de forma coordinada por los distintos Estados miembros, en especial en los contratos en que intervienen consumidores. La protección de los consumidores era y es un asunto que afecta al ciudadano europeo de forma cotidiana, por lo que no puede existir ningún desfase entre Derecho y realidad.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN L., “Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas” VV.AA. volumen colectivo con el mismo título, cit., pp. 29-43, en donde expone lo que supone en la teoría general del contrato la contratación con condiciones generales y la crisis del dogma de la plenitud de la voluntad en la contratación, señala que hay que contemplar el problema de la contratación mediante condiciones generales desde otra óptica, que obliga a contemplar de otra manera toda la teoría general del contrato.

En ese camino hacia la regulación de sistemas de control de las condiciones generales es fundamental la Directiva 93/13/CEE¹⁵ del Consejo de 5 de Abril de 1.993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. La Directiva no cita en su título las condiciones generales, dado que su objetivo es acabar con las diferencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros que regulan las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores, pero los Estados han aprovechado su transposición para actualizar sus legislaciones, incluyendo los contratos con condiciones generales y los de consumo con cláusulas abusivas.

La Directiva 93/13/CEE se enmarca en la política comunitaria de protección de los consumidores que recoge el Título XI del Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, firmado en Maastrich (Holanda)¹⁶, de evidente interés por su aplicación uniforme, aunque el Tratado está limitado por la aplicación del principio de subsidiariedad. Esa preocupación quedó plasmada ya en el *Libro Verde de la Comisión Europea sobre el acceso de los consumidores a la Justicia* (Bruselas 16-11-1.993), en el que se configura ese acceso como uno de los derechos humanos y una condición de eficacia de todo ordenamiento jurídico¹⁷.

Por ello, el fin es contar con un conjunto de disposiciones que permitan prevenir y/o sancionar la violación de las normas que conculcan la libertad de acceso al mercado para las empresas (derecho de la competencia) y libertad de

¹⁵ Directiva de mínimos y de efecto horizontal, que no excluye sectores específicos y que se refiere al consumidor como persona física. Para mayor detalle de la directiva: DÍAZ FRAILE J. M^a, “La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993”, RCDI, mayo-junio 1994, pp. 1023-36.

¹⁶ Publicado en DOUEC núm. 340 de 10 de Noviembre de 1997 y BOE de 13 de Enero de 1994 y vigente desde el 1 de mayo de 1999.

¹⁷ El Título completo es Libro verde de la Comisión, de 16 de noviembre de 1993, sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único. Sobre él, vid. el estudio de HERNÁNDEZ BATALLER B., miembro del Consejo Económico y Social de la Unión Europea, titulado, “Acceso de los consumidores a la justicia” publicado en http://consumo-inc.gob.es/publicac/EC/2000/EC54/Ec54_09.pdf.

elección para los consumidores (derecho del consumo) a través de determinados procedimientos legales. Estos procedimientos se distinguen por buscar la *simplificación de los procesos* en la vía judicial y la previsión de procedimientos extrajudiciales (conciliación, arbitraje, mediación, etc.).

Como antecedentes legislativos de la Directiva 93/13 destacan en el ámbito europeo el Código Civil italiano de 1942, que recoge las condiciones generales y los contratos tipo en formulario; en Gran Bretaña, la *Fair Trading Act* de 1.973 y *Unfair Contract Terms Act* (sobre cláusulas contractuales incorrectas) de 26-10-1977; en Alemania la *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, de 9 de diciembre de 1976, A.G.B.G. (*Ley para la regulación del Derecho de las condiciones generales de negocio*), una de las más completas; en Portugal, el Decreto Ley 446/85 de 26 de Octubre. En el derecho francés, se constituyó la Comisión de Cláusulas Abusivas por el art. 36 de la Ley de 10 de enero de 1978, se contiene en los artículos 132-2, 132-3 y 132-4 del Código de Consumo y se rige por el Decreto n° 93-314, de 10 de marzo de 1993. Con posterioridad, la Ley n° 95-96 de 1 de febrero de 1995, sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos y control de diversas actividades de orden económico y comercial, traspone la Directiva comunitaria, modificando el Código de Consumo. La transposición de la Directiva 93/13/CEE determinó después la actualización y, en su caso, introducción de las normas en todos los Estados de la Unión Europea.

Los fines de la Directiva vienen expresados en lo que la propia norma denomina “*considerandos*” (que viene a ser una exposición de motivos). Se trataba, con ello, de establecer las medidas necesarias destinadas a fortalecer el mercado interior, que implica un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada; también de dar solución a la disparidad legislativa existente y excluir diferencias y distorsiones de la competencia, imponiendo la obligación de velar para que no se incluyan cláusulas

abusivas en los contratos celebrados con consumidores, eliminar las mismas y erradicar su uso¹⁸.

La Directiva perseguía también potenciar la política de protección e información de los consumidores, evitando el abuso de poder del vendedor o prestador de servicios y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos de adhesión, sean escritos o verbales. Finalmente, señalaba la Directiva que sólo podía buscarse una armonización parcial “*en el estado actual de las legislaciones nacionales*”, por lo que la Directiva en particular se refería únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual. No entraba en aspectos procesales concretos, pues dejaba al derecho interno establecer los criterios de protección al consumidor, ya que tanto él como sus organizaciones deben poder presentar un recurso contra las cláusulas abusivas ante un órgano judicial o ante una autoridad administrativa con competencia para decidir sobre las demandas o para emprender las acciones judiciales adecuadas (considerando penúltimo y art. 7 de la Directiva) según se detalla seguidamente. Al mismo tiempo señalaba que los *órganos judiciales* y autoridades administrativas deben contar con *medios apropiados y eficaces* para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

En definitiva, era una Directiva de mínimos, que dejaba a los Estados miembros la posibilidad de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las que en ella se recogían.

La Directiva estableció criterios o pautas para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales e incorporó, en Anexo, una lista de cláusulas abusivas a título indicativo. La lista puede ser objeto de ampliación por los Estados, con prohibición de extensión a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y a

¹⁸ GARCÍA AMIGO M., *Lecciones de Derecho Civil, t. II, Teoría general de las obligaciones y contratos*, Mac Graw-Hill, Madrid 1995, pp. 229 y ss.

la relación *calidad/precio*, salvo para los contratos de Seguro, donde el objeto principal, los bienes asegurados, se tienen en cuenta para el cálculo de la prima que abona el consumidor.

En ella, se exige que las cláusulas que hacen referencia al objeto principal del contrato se redacten de manera clara y comprensible. Propugnó la Directiva la claridad y comprensión en la redacción de las cláusulas, así como el conocimiento de las mismas por el consumidor, sancionando el principio de que, en caso de duda, debe prevalecer la interpretación más favorable al consumidor. En último término, la Directiva excluyó de su ámbito las cláusulas que hayan sido objeto de negociación individual, las que incorporen o sean transcripción de disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros, y las que reflejen disposiciones de Convenios internacionales firmados por los Estados miembros.

4. La transposición de la Directiva al derecho interno: la Ley 7/1998 de 13 de abril.

4.1. Antecedentes

La Directiva 93/13/CEE fue transpuesta al derecho interno por la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación*. El Ministerio de Justicia, al abordar el problema de la transposición de la Directiva 93/13/CEE a nuestro Derecho, optó por elaborar un Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación como presupuesto necesario para la aplicación, en buena medida, de la noción de cláusula abusiva, tomando como base el Anteproyecto de la Comisión General de Codificación (1983-1988)¹⁹. Se siguió así el criterio de elaborar una Ley

¹⁹ En realidad son dos anteproyectos uno de 1983 y otro de 1988, elaborados por la Sección de Derecho Mercantil por una Ponencia integrada por DUQUE DOMÍNGUEZ J. y RODRÍGUEZ ARTIGAS F., precedido el primero por una E. de M. y el segundo por un estudio preliminar realizado por los mismos autores.

especial, adoptado en Alemania y Portugal, que había defendido el Consejo de Estado en su dictamen de 31-10-1996²⁰; por lo que el Ministerio adaptó el texto de la Comisión de Codificación y mantuvo la reforma parcial de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

El *Borrador del Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación* de la Comisión General de Codificación (1983-1988)²¹ ya reconocía en su Exposición de Motivos que, en esta materia, “*el Derecho español carece de antecedentes directos*” por lo que, indicaba, “*ha resultado imprescindible para la elaboración del Anteproyecto el recurso al Derecho comparado, enriquecido en los últimos tiempos con la promulgación de numerosas Leyes que, de forma más o menos específica, se ocupan de este problema*”. Los textos de referencia del Borrador fueron los preceptos que el Código Civil italiano²² dedica a las condiciones generales, la Ley alemana de 1976 (A.G.B.G., Ley para la regulación del Derecho de las condiciones generales de negocio) que regula la misma materia y la Ley inglesa de 1977²³, entre otros.

La influencia alemana se aprecia en el mismo sistema de regulación de las condiciones generales, pues se opta por una ley especial, y se desecha el sistema

²⁰ CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA L.M., “*La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*”, CER 1998, pp. 132-140, detalla aspectos de la influencia del Dictamen en los criterios sustantivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que incorpora la Exposición de Motivos. Entre esos aspectos cabe destacar: la atribución de competencia del Estado en esta materia, la identidad entre profesional y empresario, la exclusión de los contratos administrativos, el ámbito territorial de la ley, la contratación electrónica y la modificación de la LGDCU.

²¹ CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA L.M., *Ibídem*, p. 209 y ss.

²² El Código Civil italiano de 1942 fue el primero de los códigos civiles europeos que expresamente introdujo una norma dedicada a las condiciones generales de la contratación, el art. 1341. Tras aprobarse la Directiva 93/13/CEE, la transposición de la misma se hizo modificando el mismo Código Civil por Ley de 6 de febrero de 1996.

²³ *Unfair Contract Terms Act* de 26 de octubre de 1977, la singularidad de la normativa inglesa es que parte de un criterio para la valoración del carácter *unfair* o no equitativo (injusto o incorrecto) de cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad contractual que hasta hace poco era desconocido en el Derecho continental.

italiano de incorporar o incluir las especialidades de las condiciones generales en el propio Código Civil dentro de la regulación de las obligaciones y contratos. De todas esas normas se infiere una generalizada preocupación por regular por ley el fenómeno tan extendido en el tráfico actual de los contratos que se perfeccionan en base a formularios, en cuya elaboración no han participado las dos partes contratantes, sino que han sido elaborados por una de ellas: se pone así de manifiesto la necesidad de proteger al contratante ajeno a su formulación o utilización.

4.2. Estructura de la Ley 7/98, normas de desarrollo y posteriores reformas

La Ley 7/1998, de 13 de abril, *de Condiciones Generales de la Contratación* (LCGC), en su redacción original, se estructuraba en siete capítulos, integrados por 24 artículos, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. La Ley incluyó normas de muy diversa naturaleza (civil, mercantil, procesal y administrativo), si bien la mayoría de ellas con el denominador común de servir al control judicial de las condiciones generales de la contratación. La Ley, asimismo, modificó otras leyes, entre las que destaca la Ley 26/1984 de 19 de Julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (LGDCU), en los términos que veremos.

Esa ley ha sido desarrollada, a su vez, por las siguientes disposiciones: el Real Decreto 1828/1999 de 3 de Diciembre que aprueba el *Reglamento del Registro de las Condiciones Generales de la Contratación*; el Real Decreto 1906/1.999 de 17 de diciembre, *que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales* en desarrollo del art. 5.3 de la Ley, que debía haber sido modificado por el Gobierno en el plazo de un año a partir del 12-10-2002, fecha de entrada en vigor

de la Ley 34/2002 de 11 de Julio *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* (disposición final quinta de esta Ley); por el Real Decreto 1975/1999 de 23 de diciembre que aprueba el arancel de los registradores de condiciones generales de la contratación. El Reglamento del Registro de las Condiciones Generales de Contratación se ha visto afectado por dos Sentencias de la Sala Tercera del TS de la misma fecha, 12 de febrero de 2002 (RAJ. 2562 y 3329), dictadas en los recursos nos. 158 y 160/2000, que anulan múltiples artículos de ese Reglamento y que dejan muy mermada su eficacia.

La *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* sufrió importantes modificaciones por la Ley 1/2000 de 7 de Enero, *de Enjuiciamiento Civil*, que derogó expresamente los arts. 14, 15, 18 y 20 de la Ley, dio nueva redacción a los apartados 2, 3 y 4 del art. 12, y añadió un párrafo final al art. 16 y una disposición adicional, la cuarta. Por su parte, la Ley 24/2001 de 27 de Diciembre *de Medidas fiscales, administrativas y del orden social* (Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales), en su art. 99, introdujo una modificación en el art. 5 LCGC consistente en añadir un nuevo párrafo, con el número 2, y modifica el ordinal de los anteriores, excepto el nº 1, que pasan a estar numerados del 3 al 5²⁴, ambos inclusive; y la Ley 39/2002, de 28 de Octubre, *de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*, dio nueva redacción a los artículos 16 y 19 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la materia, que más adelante señalaremos.

También ha incidido en la materia objeto de estudio la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de Julio, *para la Reforma Concursal, por la que se modificó la Ley Orgánica 6/1985 de uno de julio del Poder Judicial* que, entre otras reformas, añadió el art. 86 ter que delimita la competencia objetiva por razón de la materia de los juzgados de

24 La Ley 3/2014 de 27 de marzo que modifica el TRLGDC derogó el apartado 4 del art. 5 de la LCGC (disposición derogatoria única, nº 2).

lo mercantil (que se crean por dicha Ley). El art. 86 ter, número 2 apartado d) LOPJ, asignó a los juzgados de lo mercantil, que entraron en funcionamiento en fecha 1 de septiembre de 2004 (disposición final segunda de la reseñada Ley Orgánica 8/2003), el conocimiento de las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esa materia²⁵.

Finalmente, la Ley 44/2006 de 29 de diciembre, *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*, modifica los artículos 3 y 6.2 LCGC para adaptarlos a lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de septiembre de 2004 (TJCE 2004, 227), dictada en el asunto C-70/2003, que declaraba que no había sido correctamente transpuesta al Derecho español la Directiva 93/13/CEE en los puntos que regulan los artículos modificados (todo ello se señalaba así en la disposición final tercera).

4.3. Lo que queda vigente de la Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación

Además de las modificaciones llevadas a cabo por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en la Ley General de Consumidores y Usuarios (lo relativo a cláusulas abusivas) y en la Ley Hipotecaria, en la actualidad queda vigente de su redacción original los siguientes preceptos:

En primer lugar, las disposiciones generales de su Capítulo I (arts. 1 a 6) relativos al ámbito objetivo (art. 1), subjetivo (art. 2) y territorial (art.3) de la Ley; los contratos excluidos de su normativa (art. 4), los requisitos de incorporación (art. 5) y las reglas de interpretación (art. 6).

²⁵ La redacción actual del art. 86 ter nº 2 apartado d) LOPJ se debe a la LO 7/2015 de 21 de Julio, que limita la competencia de los juzgados mercantiles a las acciones colectivas de la LCGC, excluyendo las acciones individuales.

En segundo lugar, los criterios de no incorporación y nulidad de condiciones generales del Capítulo II se desglosan en: los relativos a no incorporación (art. 7) que completan los requisitos de incorporación, los de nulidad (art. 8), régimen aplicable a ambos (art. 9) y efectos de la no incorporación y nulidad (art. 10), base de las acciones individuales.

Así mismo, lo relativo al Registro de condiciones generales de la contratación (art. 11) que, tras la anulación de gran parte de su Reglamento (RD 1906/1999) por las Sentencias del Tribunal Supremo que antes referimos, está pendiente del debido desarrollo reglamentario. Lo relativo al derecho/obligación de información de Notarios y Registradores (art. 23); y lo relativo al régimen administrativo sancionador (art. 24) por la falta de inscripción de las condiciones generales en el Registro especial de las mismas, cuando sea obligatoria la inscripción, o la persistencia en la utilización o recomendación de condiciones generales sobre las que haya prosperado una acción colectiva de cesación o retractación.

Finalmente, como normas procesales específicas, quedaría la regulación de las acciones colectivas del Capítulo IV (arts. 12, 13, 16, 17, 19), complementado con lo que dispone sobre publicidad de las sentencias el Capítulo V, tanto lo que se refiere a publicación en medios de comunicación (art. 21), como lo que se refiere a la inscripción de la sentencia firme estimatoria de la acción colectiva o individual en el Registro de condiciones generales (art. 22).

Si prescindimos de las normas que podíamos llamar de Derecho administrativo (sobre el Registro de condiciones generales, régimen sancionador, derecho/obligación de información a cargo de determinados funcionarios), lo más significativo de lo que queda en vigor de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación se residencia en las normas de carácter sustantivo y procesal sobre acciones individuales y colectivas (arts. 7 a 10, y 12, 13, 16, 17, 19), sin una clara delimitación entre ellas, o más bien, pensadas todas ellas para un proceso en vía

jurisdiccional (control jurisdiccional) en el que se ventile siempre como base del mismo la legalidad, o la validez o nulidad de las condiciones generales de los contratos en masa, en definitiva, la licitud y exigibilidad a través de la obligada tutela judicial.

Todo ello sobre la base de que, como señala el apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley de condiciones generales, “*el control de la validez de las cláusulas generales tan sólo corresponde a Jueces y Tribunales*”, con los cuales tienen el “*deber de colaboración*” los profesionales ejercientes de funciones públicas. Ese deber de colaboración, de conformidad con el mismo apartado de la Exposición de Motivos, no puede suplantar la función atribuida a los Jueces y Tribunales.

5. Nuevas tendencias normativas

Como se ha dicho, la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Condiciones generales de la contratación, que elaboró la Comisión General de Codificación (1983-1988), reconocía la influencia de la Ley alemana de 1.976 (A-G.B.G.) y de los preceptos correspondientes del Código Civil italiano.

Si Alemania fue pionera en la normativa de condiciones generales al regular este tipo de contratación en una Ley especial que ha servido de pauta a otras legislaciones, sin embargo, en la actualidad, ha optado por otro camino, más en la vía de la “*recodificación*” del Derecho de obligaciones y su integración en el Código Civil (BGB), con supresión de leyes especiales. Este nuevo camino lo culmina la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de uno de enero de

2.002 que modifica básicamente el Libro segundo de la Bürgerlicher Gesetzbuch BGB²⁶.

5.1. La nueva Ley alemana de modernización del derecho de obligaciones

La nueva Ley alemana de adaptación del derecho de obligaciones parte de la necesidad de un rejuvenecimiento del BGB en una opción decidida y clara por una reforma parcial profunda de esa parte del derecho privado. Los ideales que la mueven no son los mismos de la codificación de los siglos XVIII y XIX, que servía entonces para reforzar el Estado nacional, para asentar la soberanía, aunque los efectos prácticos de la codificación sigan siendo los mismos.

Las nuevas técnicas de contratación a partir de la segunda mitad del siglo XX traen como consecuencia una gran profusión de leyes especiales, con la consiguiente pérdida de atractivo de los viejos códigos, y hacen surgir un nuevo proceso que ha sido llamado de “*descodificación*”, que dura hasta nuestros días, donde se ampara al consumidor como parte débil del contrato. Con lo cual la libertad y la igualdad apoyada en la autonomía privada y la propiedad individual que inspiraba a los viejos códigos, no se pueden concebir hoy sin el consumidor por muy contradictorio que pueda resultar en principio. De ahí surge la necesidad de modernizar el Derecho de obligaciones como ideal legítimo para seguir codificando. Otros ideales codificadores son la información y la transparencia interna de los códigos, que deben llevar a una mayor claridad que facilite no sólo la interpretación sino también el conocimiento por los ciudadanos.

²⁶ Para una más amplia exposición de la reforma: ALBIEZ DOHRMANN K.J., “La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: Un paso hacia la europeización del derecho privado.”, RDP Marzo de 2002, pp. 187 y ss.

La técnica de integrar leyes especiales en el Código Civil contribuye, sin duda, a una mayor claridad y transparencia, reordenando instituciones básicas del Derecho de obligaciones. Lo que lleva en definitiva al objetivo de “*sistematizar*” la parte del ordenamiento jurídico que se ocupa de las relaciones contractuales, pues la codificación ha sido siempre la expresión y la garantía de un pensamiento que busca la sistematización del derecho.

El edificio levantado con gran esfuerzo por los codificadores de los siglos XVIII y XIX, al no haberse renovado, se fue agrietando con la aparición del Derecho de los contratantes débiles y el Derecho de los consumidores, el Derecho comunitario y la necesaria armonización del Derecho de los Estados miembros, que mina los sistemas jurídicos privados nacionales. Con todo no es fácil insertar un Derecho articulado sobre la base de la defensa de los contratantes débiles (empresarios pequeños y profesionales) y de los consumidores, en un código construido sobre la base de la igualdad, la libertad y la autonomía privada de los ciudadanos, como lo ha hecho la ley alemana que comentamos.

5.2. El acervo comunitario europeo en la nueva ley alemana

La recodificación del Derecho de obligaciones acometida en Alemania no se puede realizar al margen del Derecho privado europeo. El legislador alemán ha tenido en cuenta el acervo comunitario, que se contiene en los principios de derecho contractual europeo, proyecto de reglas uniformes de Derecho contractual (denominados PECL, Principios Europeos de Derecho Contractual), de la Comisión Lando²⁷, y ha tenido como referencia constante la Convención de las Naciones

²⁷ También conocida como Comisión sobre Derecho contractual europeo, grupo de trabajo presidido por el Profesor de la Universidad de Copenhague Ole Lando, de quien recibe el nombre, después presidida por el Profesor Christian von Bar. Dicha comisión publicó en el año 1995 la primera parte de los Principios del Derecho contractual europeo, seguida de

Unidas de 11-4-1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, tanto en la parte general de derecho de obligaciones como en la compraventa, y los “Principios sobre los contratos de comercio internacional” elaborados a iniciativa de Unidroit (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado)²⁸.

No es este, sin embargo, el único intento de unificación existente: ha habido otros proyectos de unificación del derecho contractual europeo, que seguidamente indicamos. Así por ejemplo, el auspiciado por el Parlamento Europeo, que es el Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía, también conocido por “Anteproyecto Gandolfi” en honor del encargado de su redacción definitiva y coordinador de los trabajos G. Gandolfi. Este proyecto pretende abarcar todos los aspectos de la materia más que buscar una refundición de todos los derechos nacionales que la regulan²⁹. Junto al anterior, se puede destacar las Reglas Básicas del derecho contractual existente en la Comunidad europea (Principios Acquis), elaboradas por el Grupo Acquis, que han sido articuladas sobre la base del acervo comunitario y cuya primera parte publicada en el año 2007 incluye un capítulo dedicado a las cláusulas no negociadas individualmente. También existe una nueva

una segunda parte publicada en el año 2000, y tiene en estudio una tercera parte, que completaría una regulación total de la contratación, con el objetivo de que constituya un modelo a adoptar de forma voluntaria por los Estados miembros de la CE.

²⁸ Para mayor detalle de los trabajos realizados y los que están en ejecución para unificar el Derecho contractual europeo, vid., GUIDO PALMA, “Derecho Privado Europeo: Bases establecidas y planes de acción”, en RDP, marzo-abril 2003, pp. 209-234; y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a P., “Las Tendencias unificadoras del Derecho contractual europeo”, en RDP, noviembre-diciembre 2003, pp. 709-735. En definitiva, algunos ven aquí los inicios de la construcción del Derecho privado europeo, en particular en materia de obligaciones y contratos, que tardará en llegar un Código Civil Europeo en este campo, pero que llegará; y que requerirá no sólo de Directivas y Reglamentos que vayan propiciando de forma forzosa un progresivo acercamiento de los derechos nacionales, sino que es preciso que los códigos civiles también se acerquen al derecho europeo, propiciando la imparable europeización de sus ordenamientos jurídicos.

²⁹ Para más detalle de este proyecto ver el trabajo de VATTIER FUENZALIDA, C., “El Derecho europeo de contratos y el Anteproyecto de Pavía”, en ADC, octubre-diciembre 2008, pp.1840 a 1865.

propuesta de regulación europea de las condiciones generales y de las cláusulas no negociadas individualmente incluido en el modelo del futuro marco común de referencia conocido por las siglas DCFR (*Draft Common Frame of Reference*) que pretende ser una alternativa para el comercio transnacional dentro de la unión europea.

5.3. Contenido de la nueva Ley alemana

En cuanto a su contenido, la ley alemana ha establecido un nuevo modelo de prescripción extintiva de acciones, ha revisado el complejo sistema del derecho del incumplimiento, y codificado figuras relevantes desarrolladas por la jurisprudencia (como la culpa *in contrahendo*, la alteración de la base del negocio jurídico, la lesión positiva de la pretensión contractual, el desistimiento de las relaciones obligatorias duraderas). También, ha articulado de nuevo la compraventa, ampliando las compraventas especiales, ha modernizado el contrato de préstamo y el contrato de obra.

Asimismo, ha desarrollado dentro del BGB materias relacionadas con el Derecho de los consumidores; en particular, los deberes de información (en la contratación a distancia, en los contratos de uso de vivienda a tiempo parcial, comercio electrónico, contratos de viajes, información que deben prestar las entidades de crédito); ha incorporado la parte material de la Ley de condiciones generales de la contratación alemana (AGB-G) al BGB y *ha dejado fuera el contenido procesal*, en concreto el régimen de *acciones colectivas*. Ello ha dado lugar a la *Ley de la acción de cesación* (incluye también las acciones de *retractación*) ley de carácter Procesal que abarca a todas las relaciones contractuales con condiciones generales en las que una de las partes es consumidor.

Del contraste entre el legislador alemán y español resulta que el primero opta por la codificación y refundición de leyes especiales en lo material, mientras el español opta por la descodificación y las leyes especiales (incluso se habla de refundir el derecho de consumo); y, *en lo procesal*, el español opta por la codificación y por quitar protagonismo procesal a las leyes especiales, mientras el alemán opta por la ley especial para regular el ejercicio de las acciones colectivas de los consumidores.

En resumen, la pregunta a efectuar es la de si la “*recodificación*” del derecho de obligaciones es el camino a seguir; la respuesta debe ser que, si no es el camino, sí debe ser la meta, pues de lo contrario vamos a una pluralidad de leyes excesivamente numerosas y a una “administrativación” del derecho sustantivo en la materia, junto con la dispersión de la normas procesales a lo que ha tratado de poner coto la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, pues no olvidemos que las leyes especiales hasta ahora incluían normas procesales que la LEC ha derogado expresamente, con lo que el criterio de la LEC es el correcto, a nuestro juicio, y se debe profundizar en ese camino e impedir que se vuelva a legislar al margen de la LEC.

Observado el asunto desde la perspectiva española, aflora el problema de la autonomización del Derecho privado en materia de consumo, por el reconocimiento a las comunidades autónomas de competencia en materia de consumo, de acuerdo con el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas (arts. 148 y 149 CE). Sin embargo hasta el momento tanto el TRLGDCU como la LCGC tienen vigencia en todo el territorio nacional y sus preceptos en materia de definición de nulidad o no incorporación de cláusulas abusivas en contratos condiciones generales vienen siendo aplicados por la jurisdicción que tiene atribuida la competencia exclusiva en la resolución de esos conflictos.

5.4. Influencia de la Ley alemana en España: la Propuesta de modificación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, de 2009

En el Suplemento del *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia* de Enero de 2009, correspondiente al Año LXIII, se publicó la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Derecho de Obligaciones y Contratos*, propuesta normativa elaborada por la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil³⁰.

El Anteproyecto propone la modificación del Libro IV del CC, relativo a obligaciones y contratos. El apartado III de la exposición de motivos pone de relieve la importancia de las condiciones generales en estos términos: “*El siglo XX, en todo su cambiante y multiforme recorrido, ha conocido fenómenos a veces contradictorios que han incidido de lleno en la regulación legal de los contratos. Es el más importante, sin duda, el que se ha podido llamar la masificación y la estandarización de la materia contractual, que ha producido la conocida figura de las condiciones generales de la contratación y la búsqueda de remedios para corregir o paliar los abusos que a través de ella se pueden cometer*”.

El Título II del Libro IV -siempre de acuerdo con la Propuesta- regula los contratos y dedica el Capítulo II a la formación del contrato. En su Sección 4ª (arts. 1261 a 1264) trata de las condiciones generales de la contratación, regulando su concepto, requisitos y efectos, criterios de interpretación e incluyendo también (art. 1262) una relación de cláusulas que se consideran abusivas, así como la posibilidad de ejercitar la acción de cesación por entidades especialmente reconocidas para ello por la ley. Finalmente, el Anteproyecto dedica las Secciones siguientes (5ª, 6ª y 7ª)

³⁰ Para mayor detalle de esta Propuesta vid. CLAVERIA GOSÁLBEZ, L.H., “Breves notas sobre la Propuesta de la Comisión General de Codificación para la modificación del derecho de obligaciones y contratos”, *Libro Homenaje al profesor Carlos Vattier Fuenzalida*, Coord. José María de la Cuesta Sáenz y otros, Editorial Aranzadi 2013, pp. 351-364.

respectivamente, a regular los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, la protección de los consumidores en los contratos a distancia y a la contratación electrónica.

En la Exposición de Motivos que incluye el referido Anteproyecto, en su apartado IV, justifica la necesidad de la actualización del Código Civil en esta materia al decir: *“algunos países de los que se suele llamar nuestro entorno hayan sentido la necesidad de poner al día su propia regulación y en cierta medida de colocarla en paralelo con las líneas por las que puede discurrir el futuro del Derecho europeo de contratos. Este ha sido muy especialmente el caso de la República Federal de Alemania con la llamada Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del año 2001, que ha introducido muy profundas variaciones en el Código Civil de aquel país, y con similares movimientos que se perciben en la República francesa y en algunos otros países europeos. Todo ello aconseja que las ya centenarias normas de nuestro Código Civil en esta materia sean examinadas, reexaminadas y en lo necesario sustituidas por otras”*.

Finalmente, en lo relativo a las nuevas figuras contractuales, reconoce la influencia que ha tenido la nueva normativa alemana a la hora de redactar el Anteproyecto al decir en su apartado IX: *“Singulares dificultades ha producido, en la concepción y redacción del presente borrador de anteproyecto de ley, la relación del moderno Derecho de obligaciones y contratos con las incesantes normas aparecidas en los últimos veinte ó veinticinco años en la materia que hoy se conoce como Derecho de Consumo y, en particular, con el régimen jurídico de los contratos con consumidores. No puede desconocerse que estas regulaciones modernas significan un cambio en los puntos de vista de valoración de determinadas circunstancias que alteran en profundidad el Derecho tradicional. Ante ello puede el legislador adoptar dos posibles posturas. De acuerdo con la primera, todas las normas relativas al Derecho de Consumo, cualquiera que sea su procedencia, y cualquiera que fuera su trascendencia, como pertenecientes a un*

Derecho especial, deben subsistir en leyes especiales y el Código civil todo lo más que puede hacer es realizar una somera remisión a tales normas, del tipo de las que los codificadores de 1889 realizaron a tantas leyes especiales. No puede ocultarse que este tipo de solución sería preferida por los especialistas en la materia que profesan lo que algún autor llamó la “especialización científica” y considerada como una intrusión en un cuerpo de leyes, por más que estos últimos tengan vocación de universalidad y penetren en la materia que desean monopolizar. La segunda posibilidad es recoger por lo menos el núcleo sustancial de la mayor parte de las reglas especiales, que tienen su origen en directivas europeas y que han sido luego incorporadas a leyes españolas, realizando la remisión sólo a aquellos puntos en que el casuismo de las normas pueda resultar mayor.”

Ante esa disyuntiva, en este apartado de la Exposición de Motivos, se dice que la normativa en Proyecto se decanta por las soluciones aportadas por la ley alemana de normalización del Derecho de obligaciones optando por la codificación en vez de por la dispersión normativa, al señalar literalmente que: *“En este punto, como en otros, el anteproyecto se alinea con la ley alemana de modernización del Derecho de obligaciones y como ella ha preferido recoger el conjunto de normas sustanciales reguladoras de la susodicha materia”*.

En definitiva, la Propuesta de Anteproyecto sigue la línea de las últimas tendencias normativas de los países de nuestro entorno y opta por integrar la regulación de las condiciones generales de la contratación en las disposiciones generales del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, con lo que se aparta de la vía actual de regular esa materia en una ley especial, opción que nos parece la adecuada y que sigue el camino de la codificación que ya había iniciado la ley procesal.

CAPÍTULO SEGUNDO

CONCEPTO, NATURALEZA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

1. Concepto de condiciones generales de la contratación

1.1. Introducción

En España, los términos “*contratos de adhesión*”³¹ y “*condiciones generales de los contratos*” se utilizan indistintamente, como dos caras de la misma moneda, para denominar el mismo fenómeno, aunque se refieren a dos aspectos distintos de una misma realidad. La expresión “*condiciones generales de los contratos*” o “*de la contratación*” hace alusión a las cláusulas o estipulaciones que van a regir la relación contractual entre las partes (denominadas predisponente y adherente), por lo que constituyen una realidad previa al contrato, que corresponde al punto de vista de la empresa; mientras que contrato de “*adhesión*” se refiere a la forma en que se concluye el contrato, por medio de la simple aceptación o firma del documento en que se recogen las condiciones generales, que corresponde al punto de vista del consumidor o adherente.

Sobre la noción de contrato de adhesión se ha pronunciado en repetidas ocasiones la Sala Primera del Tribunal Supremo. A título de ejemplo, y como señala la STS1ª de 5 de julio de 1.997 (RAJ-6151) se entiende por contrato de “*adhesión*” “*aquel en que la esencia del mismo y sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer*

³¹ Recuerda DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN L., en la introducción a la obra que dirige con A. Menéndez sobre *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas 2002, p. 61, que en el año 1.901, fue un conocido escritor francés, Raymond Saleilles, muy influido por la entonces reciente promulgación del Código Civil alemán, el que acuñó por primera vez la expresión “*contratos de adhesión*” en una monografía dedicada al estudio de la declaración de voluntad.

contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente)”. Sin desviarse de la posición general del tribunal, la STS1ª de 21 de marzo de 2003 (RAJ-2762), se refiere, además, al concepto doctrinal en los siguientes términos: “Expone la doctrina que el contrato de adhesión es aquel en el que una de las partes establece un contenido prefijado de tal modo que la conclusión del contrato no va precedida por una discusión del posible contenido del mismo por las partes contratantes. Las cláusulas no pueden ser más que pura y simplemente aceptadas, y si los interesados desean contratar, han de hacerlo aceptando el contenido que con carácter inmodificable se da al contrato”. Esta última sentencia resume la doctrina expuesta en otras sentencias que relaciona, y destaca la naturaleza contractual del negocio. En este sentido, afirma que para calificar tales contratos no obsta “que la reglamentación la hubiere redactado o confeccionado una de las partes, porque esta circunstancia no hace desaparecer el carácter y naturaleza contractual del negocio convenido libremente, pues lo relevante es si aquella se alcanzó con total libertad de obrar y decidir”.

Finalmente, el TS señala que la “imposición del contenido” del contrato no puede identificarse con la “imposición del contrato” en el sentido de “obligar a contratar”. Es el consumidor o adherente el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo (STS1ª de 9 de mayo de 2013, RAJ-3088).

1.2. Concepto legal de condición general de la contratación y elementos que lo integran

El concepto legal de condición general de la contratación se establece en el artículo 1 de la Ley 7/1998. Según este precepto, son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión. El Anteproyecto de Ley de Modificación del Derecho de Obligaciones y contratos, elaborado por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación³², incluía la siguiente definición de condición general: “son condiciones generales las cláusulas preparadas por una de las partes para su uso general y repetido en los contratos y, de hecho, utilizadas en ellos sin haber sido negociadas individualmente. La prueba de la existencia de negociación individual corresponde al predisponente.” (art. 1261.1).

Entre los elementos o notas características que, en la definición legal, distinguen las condiciones generales de la contratación de otras figuras afines³³ cabe destacar las siguientes:

³² Publicado en el Suplemento al Boletín Oficial del Ministerio de Justicia de enero 2009.

³³ Para un estudio más extenso del concepto y elementos de las condiciones generales de la contratación ver: DE CASTRO F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes* Cuadernos Civitas 1985. VATTIER FUENZALIDA C., “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión” RCDI, septiembre-octubre 1995, pp. 1523-46. LASARTE C., *Principios de Derecho Civil*, III, 4ª ed., Madrid 1995. ALFARO ÁGUILA REAL J., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dir. A.Menéndez y L. Díez-Picazo, coordinados por el propio Alfaro, Civitas, Madrid 2002, pp.

1) *Su carácter contractual*: Las condiciones generales, como se reconoce a lo largo del articulado de su Ley reguladora (cfr. arts. 1, 4, 5, 6, 7, entre otros), son cláusulas contractuales, lo que revela su verdadera naturaleza jurídica. Consecuentemente con esa naturaleza, expresan los términos en que el empresario está dispuesto a contratar, términos que han de ser asumidos por el adherente. Y tiene que existir voluntad de incorporarlas a una pluralidad de contratos. Su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

2) *Predisposición*: Las condiciones generales de la contratación deben haber sido formuladas previamente (predispuestas) por un profesional o empresario (predisponente). La predisposición significa que la cláusula ha de estar prerredactada, antes incluso de que surja la persona interesada en el contrato o adherente, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos.

3) *Imposición*: Las condiciones generales han de ser *impuestas* a cualquier persona física o jurídica (adherente) que quiera contratar con el predisponente; es decir, su incorporación al contrato como cláusulas es impuesta por una de las partes a la otra. La imposición impide la negociación, lo que lleva como principio a no considerar condición general cuando existe negociación individual de una cláusula, salvo que esa negociación sea parcial y no impida que globalmente se pueda calificar el contrato como de adhesión. El art. 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que será necesario recurrir al criterio del art. 3.2 de la Directiva 93/13 cuando habla de que el consumidor “*no haya podido influir*” sobre el contenido de la condición general, es decir, que la negociación de la misma no haya sido posible.

98 a 141. BALLESTEROS GARRIDO J.A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, J.M. Bosch, Barcelona 1999, pp. 97 a 138.

4) *Generalidad*: Las condiciones generales de la contratación tratan de regular de manera uniforme los contratos que celebre el predisponente, para racionalizar y reducir sus costes en la distribución y comercialización de sus productos, así como controlar sus consecuencias. La finalidad de su redacción es la de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, como indica la definición legal, lo que destaca tal carácter de generalidad. Se excluyen por ello las cláusulas específicas de un determinado negocio, que ya no serían “*generales*”.

5) *Inevitabilidad*: Por la inevitabilidad, el adherente no puede sustraerse a su aplicación siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.

6) *Libertad de forma*: Es irrelevante para la calificación de condición general de la contratación la apariencia externa de las cláusulas, su autor, su extensión, forma de impresión o cualquier otra circunstancia, bien queden recogidas en el propio documento contractual o en otro anexo, incluso se admite el convenio verbal sobre cláusulas dadas a conocer por su exposición al público conocimiento, en los términos que señala el art. 5.3 LCGC, es decir, que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio de forma que en todo caso garantice al adherente una posición efectiva de conocer la existencia y contenido de las condiciones generales en el momento de la celebración del contrato.

2. Las prestaciones esenciales del negocio y su exclusión de control jurisdiccional.

Una cuestión de interés es determinar el juego de las condiciones generales de la contratación cuando de las prestaciones esenciales del contrato se trata. A dar respuesta a esta cuestión nos ayuda la Directiva 93/13/CEE. En ella se excluye

expresamente o deja fuera de su control las prestaciones esenciales, que son las que se refieren a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y retribución y bienes o servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida, con la sola condición de que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible (art. 4.2)³⁴. Hasta fechas recientes ha sido cuestión controvertida en nuestro Derecho el control de las prestaciones esenciales del negocio en los contratos con condiciones generales.

El objeto principal del contrato tal como lo entiende la Directiva alude, por una parte, a la cosa o servicio que se adquiere o presta, y por otra, a la adecuación entre precio y retribución de los mismos (en cuya determinación impera la libertad económica). Según la Directiva, las cláusulas que hacen referencia al objeto principal del contrato se deben redactar de manera clara y comprensible. Y se deja abierta la puerta a que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas puedan tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio (considerando y art. 4 de la Directiva).

El *Proyecto de la Ley de Condiciones generales de la contratación*, entre las modificaciones de otras leyes referidas en sus disposiciones adicionales, añadía un último párrafo al art. 10 bis.1 LGDCU que prohibía la calificación como abusiva de alguna cláusula referida al objeto principal y al precio pactado, pero la propuesta no

³⁴ Art. 4. “2. *La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.*”

El referido *Anteproyecto de Ley de Modificación del Derecho de Obligaciones y contratos*, elaborado por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación (publicado en el Suplemento al Boletín Oficial del Ministerio de Justicia de enero 2009), mantiene el criterio de exclusión del objeto principal al establecer: Artículo 1262.2. El carácter abusivo no alcanzará a las prestaciones que sean objeto principal del contrato y se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de éste, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y las demás cláusulas de dicho contrato o de otro del que dependa.

cuajó y fue suprimida en la redacción final de la ley, por lo que no existiría obstáculo legal para extender el control a dichas prestaciones, dado el carácter de “*mínimos*” de la Directiva. Ello lleva a afirmar a la STS1ª de 5 de mayo 2013 (RAJ-3088) de que en nuestro Derecho, a diferencia de otros ordenamientos, “no se excluyen aquellas cláusulas o condiciones definitorias del **objeto principal**”. Cuestión distinta, indica la sentencia, es determinar el grado de control de esas cláusulas, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que proclama el art. 38 CE y, por otro lado, la defensa de los consumidores y usuarios que el art. 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garanticen mediante procedimientos eficaces “*los legítimos intereses económicos de los mismos*”.

No obstante, es lo cierto que el elenco de cláusulas abusivas que enumeran los artículos 85 a 90 TRLGDCU se refiere sólo a condiciones accesorias, excepto las que impiden la transparencia del precio o permiten una fijación o modificación unilateral del mismo o incurran en infracción de alguna norma protectora de los consumidores. La remisión del art. 1 TRLGDCU al sistema económico constitucional parece que veda el control judicial de los precios, salvo que infrinjan alguna disposición administrativa ya que los poderes públicos tienen encomendado el velar por la transparencia de los precios pero no por su equidad.

La teoría del núcleo y la periferia del contrato, a la que infra aludimos, concuerda con lo anterior, pues establece que en los contratos de adhesión existe un núcleo que se refiere a las prestaciones esenciales que son realmente queridas y deseadas por las partes, y sobre el que recae el completo consentimiento contractual; y junto a ello existe la periferia del contrato con condiciones generales no conocidas o no deseadas que no queda alcanzado por ese consentimiento.

Algunos autores critican esa exclusión e indican que el control debería extenderse a algunos aspectos de las prestaciones principales, sobre todo, los que están relacionados con el precio y demás prestaciones pecuniarias³⁵.

Sobre esta cuestión se pronunció el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid en sentencia de 21 de noviembre de 2005 (AC-1791). En ella se aplica la doctrina expuesta y se afirma que si bien la Ley no permite al Juez entrar a cuestionar el cuánto y el cómo del precio (contenido económico del contrato), la exigencia de que tales elementos del contrato han de ser claros y comprensibles ha de hacer posible para el consumidor conocer si, respecto a un determinado servicio, existe transparencia en la descripción de las prestaciones y de su precio (qué se le cobra al consumidor y por qué concepto se le cobra), pues la falta de información supone terreno abonado para que pueda producirse el abuso (prohibido por los arts. 80 y 82 TRLGDCU). Por ello, el control judicial no se extiende al importe del precio, sino al procedimiento preestablecido para la determinación del precio, pues este mecanismo no puede ser arbitrario ni menoscabar los derechos del consumidor. Los caracteres de las condiciones generales y los efectos sobre las cláusulas esenciales de los contratos se recogen, también, en la SAP Madrid (14ª) de 3 de mayo de 2007 (AC-898), entre otras.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha clarificado el debate en la STJUE de fecha 3 de junio de 2010 (Sala Primera, Ponente A. Tizzano, TJUE 2010-162), que considera que no se lesiona la Directiva por permitir la normativa interna de desarrollo de la misma el control jurisdiccional de las prestaciones esenciales del negocio. Esta sentencia da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo que tiene su origen en un recurso interno de casación entre Cajamadrid y Ausbanc, y establece los siguientes criterios:

³⁵ En este sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEZ L.H., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*. Ed. Bosch, Barcelona 2008.

a) La Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores es, en principio, aplicable a todas las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual. El Tribunal de Justicia también reconoce que la Directiva sobre cláusulas abusivas no establece una armonización completa y permite que los Estados miembros puedan mantener o adoptar, en todo el ámbito regulado por la Directiva, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que tengan por objeto garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

b) La normativa española por la que se transpone la Directiva al Derecho interno y permite a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del “*objeto principal*” del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, no vulnera la Directiva comunitaria, incluso en supuestos en que estas cláusulas hayan sido redactadas de antemano por el profesional de manera clara y comprensible.

Concluye el TJUE que la Ley 7/1998 de CGC faculta en términos generales a los órganos jurisdiccionales nacionales para decidir sobre el carácter abusivo de las cláusulas que se refieran al “*objeto principal*” del contrato, de manera compatible con el derecho comunitario. Esa doctrina es asumida por el TS en la actualidad: por todas, STS1ª de 29 de diciembre de 2010 (RAJ-2011-148); y STS1ª de 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088), apartado 144.

3. Naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación y límites a la libertad contractual de las partes.

Esta forma de contratar ha merecido ciertas objeciones y críticas, si se tiene en consideración que el adherente en ocasiones no llega a conocer las condiciones

generales; que aunque las conozca, puede que no desee someterse a ellas o intenta escapar al perjuicio que le ocasionan; que su libertad contractual está muy limitada (sino ausente por entero); y que existe habitualmente clara desigualdad entre las partes. Sin embargo, como hemos señalado, las condiciones generales tienen *naturaleza contractual*, y su eficacia deriva de la aceptación por el adherente que, al suscribir el documento que el empresario le presenta a la firma, hace que coincidan oferta y aceptación y se constituya en “*lex contractus*”, según opinión mayoritaria de los autores³⁶.

Las posiciones críticas con esta forma de contratación justifican la necesidad de intervención pública del *control de las condiciones generales* para evitar sus consecuencias perjudiciales. Esta intervención consistiría en el establecimiento de controles con el objetivo de garantizar la equidad y elaborando una pluralidad de construcciones jurídicas que permitan efectuar tal control.

Los *medios de control* se han clasificado en *directos e indirectos*: los directos son los que tienen como función limitar la libertad contractual (p.ej., recurriendo al orden o interés público); control indirecto o simulado sería el realizado por medio de instrumentos dispuestos para la solución de problemas no atinentes directamente a la libertad contractual, como el control por medio de la interpretación de las condiciones generales, sobre cuya base se defendió que tales condiciones no podrían derogar el Derecho dispositivo.

³⁶ Para un resumen de todas las teorías vid. ALFARO ÁGUILA-REAL J., “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación” *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación [...]*, cit., pp. 75 a 94. BALLESTEROS GARRIDO J.A., *Las condiciones generales de la contratación y el principio de autonomía de la voluntad* J.M. Bosch editor, Zaragoza 1999, pp. 108 y ss. CLAVERÍA GOSÁLBEZ L.H., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*. Ed. Bosch, Barcelona 2008.

Como ha señalado De Castro³⁷, la derogabilidad absoluta del Derecho dispositivo por la sola voluntad de las partes procedía de una errónea sistematización por los pandectistas de las antiguas reglas sobre materia privada y pública, y de los prejuicios del liberalismo. En el mismo sentido, Gondra³⁸ afirma que no puede admitirse que las condiciones generales puedan desplazar en bloque el Derecho dispositivo, que hoy tiene un sentido ético-ordenador, con un fondo vinculante que da pie a un control más intenso de los pactos expresivos de condiciones generales por parte del legislador en leyes especiales, como por ejemplo las que regulan el contrato de seguro. Si no existe *causa* que justifique la derogación del Derecho dispositivo, toda cláusula que elimine derechos de los adherentes implicaría una renuncia de derechos no admisible conforme al actual art. 6.2 del Código Civil.

La tesis anterior ha cobrado renovada vigencia tras la promulgación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en la actualidad Texto Refundido de la LGDCU), cuyo art. 19³⁹ establece el carácter obligatorio del Derecho dispositivo en los contratos de consumo, donde confluyen el Derecho civil y el mercantil. En este contexto el Derecho dispositivo estaría conformado por las previsiones no imperativas de las normas civiles, mercantiles y demás normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación, como dice el citado art. 19.1 TRLGDCU.

En coherencia con lo anterior y dentro de ese objetivo general tuitivo y protector de los derechos e intereses de la que se considera parte más débil del

³⁷ DE CASTRO F., *Las condiciones generales [....]* cit., pp. 79-84; y “Notas”, cit., pp. 1059-62

³⁸ *Derecho Mercantil [....]*, t.I, cit, pp. 207-9.

³⁹ “Art. 19. Principio general y prácticas comerciales. 1. *Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta norma, aplicándose, además, lo previsto en las normas civiles, mercantiles y en las demás normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación*”. Nueva redacción del precepto por Ley 29/2009 de 30 de diciembre.

contrato, el art. 80.1 c) TRLGDCU, exige, en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, entre otros requisitos, “buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas”. Muchos autores interpretan esta cláusula en el sentido de que tiene como criterio de referencia el Derecho dispositivo para determinar cuándo una condición general es contraria a la buena fe o al justo equilibrio⁴⁰.

La buena fe a que se alude en el art. 80.1c) TRLGDCU es la buena fe objetiva y el justo equilibrio de las contraprestaciones hace referencia a la necesidad de que el superior “*bargaining power*” o poder de negociación del predisponente no se traduzca en una relación contractual descompensada, según las exigencias de la equidad⁴¹.

La tesis expresada no ha sido, sin embargo, muy seguida por la jurisprudencia, y autores como García Amigo⁴² sostienen la absoluta derogabilidad del Derecho dispositivo sobre la base de la teoría contractual pura, y también que el art. 8.1 LCGC parece que sólo decreta la nulidad de las condiciones generales contrarias a normas imperativas o prohibitivas, y no cita el Derecho dispositivo como término de comparación.

Un análisis más profundo, sin embargo, lleva a confirmar la tesis anterior de De Castro, pues se siguen definiendo las cláusulas abusivas (cuya nulidad establece el art. 8.2 LCGC) por referencia a la buena fe y al desequilibrio entre derechos y

⁴⁰ BERCOVITZ R. y SALAS J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 119-38; en la misma obra colectiva, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ C., “Comentario al art. 7”; en la misma obra colectiva, CLAVERÍA GOSALBEZ L.H., “Comentario al art. 10.4”.

⁴¹ GARCÍA CANTERO G., *Derecho Civil* [...] (Castán), cit., vol. 3 pp. 576-7.

⁴² GARCÍA AMIGO M., *Condiciones generales de los contratos* ed. RDP, Madrid 1969, pp. 244-52; y *Lecciones de Derecho Civil* t. II Teoría general de las obligaciones y contratos, Mac Graw-Hill, Madrid 1.995, pp. 241-2.

obligaciones de las partes lo cual, a falta de ulteriores precisiones, sigue determinándose por referencia al Derecho dispositivo. Pese a todo ello, es claro que las nuevas normas reguladoras de las condiciones generales van en la línea de restringir la posibilidad de las partes (y principalmente del predisponente) de suprimir el Derecho dispositivo, bien limitando el campo del propio Derecho dispositivo o bien declarando la nulidad de cláusulas concretas que conculquen los principios del Derecho contractual.

En definitiva, ninguno de los criterios expuestos puede dejar de reconocer la existencia de una base contractual más o menos extensa a las relaciones que se derivan de las condiciones generales de la contratación, con independencia de su fuerza vinculante en el desarrollo y exigibilidad del contrato pactado. Por otra parte, como ya señalamos, la jurisprudencia destaca el carácter y naturaleza contractual del negocio convenido al considerar como relevante la existencia de libertad de obrar y decidir, incluso si la manifestación de la parte se limita a la aceptación o eventual rechazo de las cláusulas previamente redactadas (ver la citada STS1ª de 21 de marzo de 2003, RAJ-2762, y las que menciona de 30 de mayo de 1998 y 27 de julio de 1999).

4. Ámbito subjetivo y objetivo de la ley 7/98, de Condiciones Generales de la Contratación.

La Ley 7/1998 delimita el ámbito subjetivo de esta modalidad contractual, es decir, los requisitos que han de reunir las personas que celebran los contratos con condiciones generales. También define los contratos a los que se aplica y, consiguientemente, los procesos en los que se pueden ejercitar las acciones de la propia Ley, o sea, los contratos incluidos y los expresamente excluidos por la Ley

de Condiciones Generales de la Contratación de su ámbito de aplicación, en los términos que seguidamente se indican.

4.1. Ámbito subjetivo de la Ley 7/1998

La Ley 7/1998 es de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional (predisponente) y cualquier persona física o jurídica (adherente), de conformidad con lo dispuesto por su art. 2.1. En el texto legal, se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada (art. 2.2. LCGC). El predisponente, como elemento subjetivo activo, debe ser por consiguiente un profesional, es decir, la persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada (art. 2.2 LCGC), que realice un tráfico de bienes y servicios en masa ofreciendo los mismos de manera profesional o habitual.

El elemento subjetivo pasivo que resulta protegido es el adherente, condición que tienen aquellos consumidores o usuarios, personas físicas, que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión; también son consumidores y usuarios las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial (art. 3 del TRLGDCU)⁴³. La condición de adherente también se extiende a los profesionales cuando recurren a la adquisición de bienes y servicios ajenos a su actividad o como consumidor y cuando contraten entre ellos en sus respectivas actividades o empresas. El art. 2.1 LCGC expresa que podrá tener la condición de adherente “*cualquier persona física o jurídica*”. También puede tener

⁴³ Redacción actual del art. 3 TRLGDCU dada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo.

la condición de adherente un profesional “*sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad*” (art. 2.3 LCGC)⁴⁴.

Es decir, que según el art. 2 LCGC, el profesional o empresario será adherente en dos casos: cuando no actúe en el marco de su actividad profesional y cuando actúe en ese marco. En el primer caso tendrá una consideración igual a la de cualquier consumidor persona física o jurídica (art. 2.1 LCGC), mientras que en el segundo caso estaremos ante una contratación entre empresarios que emplean en sus contratos condiciones generales de la contratación sin ser consumidores finales⁴⁵. El mismo criterio se expresa en el Preámbulo de la Exposición de Motivos de la LCGC que fija el siguiente objetivo: “*la Ley pretende proteger los legítimos derechos de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual*”.

4.2. Contratos sometidos a la Ley 7/1998

Desde el punto de vista territorial o espacial, y con carácter imperativo, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación se aplica a las cláusulas de condiciones generales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española (art. 3, párrafo primero, Ley 7/1998). También a los contratos sometidos a la legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo

44 DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN L., “art. 2 LCGC” *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* cit., pp. 142 a 144.

45 Sobre la contratación entre empresarios: ALBIEZ DOHRMANN K. J., *La Protección Jurídica de los Empresarios en la Contratación con Condiciones Generales una perspectiva española y europea*, Thomson-Civitas, Navarra 2009.

establecido en Tratados o Convenios Internacionales (art. 3, párrafo segundo, Ley 7/1998)⁴⁶.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en STJUE de 9 de septiembre de 2004 (TJUE 2004- 227), considera que este párrafo segundo del art. 3 LCGC no se ajusta al art. 6 apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE⁴⁷. Para el Tribunal Comunitario, el art. 6.2 la Directiva se limita a imponer la obligación de que “*el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad*”, mientras que el artículo 3 LCGC es más restrictivo, al exigir unos criterios de conexión previamente definidos, tales como los requisitos acumulativos relativos a la residencia y a la celebración del contrato contemplados en el art. 5 del Convenio de Roma, según expresa la mencionada sentencia del TJUE.

En cumplimiento de esta sentencia, la Ley 44/2006 de 29 de diciembre, *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*, da una nueva redacción al párrafo segundo del art. 3 LCGC en los siguientes términos: “*también se aplicará (la Ley de Condiciones Generales de la Contratación) a los contratos sometidos a la legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales. Cuando el adherente sea un consumidor se aplicará lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 10 bis de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios*⁴⁸”. El apartado 3 del art.

⁴⁶ Para una exposición más amplia: VIRGÓS SORIANO M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ F.J., en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales* [...] cit., pp. 145 a 229.

⁴⁷ Art. 6 apartado 2.: “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad*”.

⁴⁸ Así resulta del art. 2, uno, y art.1, cuatro nº 3, en relación con la disposición final tercera de la Ley 44/2006.

10 bis de la LGDCU también fue objeto de nueva redacción por la citada Ley 44/2006 para ser adaptado a la doctrina sentada por la STJCE 2004-227.

Tras la derogación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (la Ley 26/1984) y su sustitución por el Texto Refundido de la LGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre) el apartado 3 del art. 10 bis ha pasado a integrar el art. 67 del citado texto refundido. Este artículo 67 del Texto Refundido de la LGDCU es el que recoge el mandato de la Directiva 93/13, en el sentido de que *el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad* cuando intervienen consumidores. La actual redacción del art. 67 fue dada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo, que modifica el TRLGDCU, tal como se transcribe en el apartado 5 de este capítulo.

Mientras la aplicación de la Ley 7/1998 a los contratos sometidos a la legislación española es automática (art. 3, párrafo primero LCGC), a los sometidos a la legislación extranjera no ocurre así, pues hay que estar al juego de las técnicas y mecanismos del Derecho Internacional Privado y a la emisión en España de la declaración negocial, y depende de que tenga en ella la residencia habitual el que la emite (art. 3, párrafo segundo LCGC), además de las peculiaridades expresadas cuando el adherente sea un consumidor introducidas por las modificaciones legislativas que fue necesario hacer tras la STJUE de 9 de septiembre de 2004 (TJUE 2004, 227) y las posteriores.

Tal como hemos señalado, las normas de la Ley tienen carácter imperativo (art. 3 LCGC). Dentro de su articulado se da tratamiento legal a las cláusulas abusivas y a las condiciones generales, de forma conexa si bien no idéntica: las cláusulas abusivas tratan de proteger al consumidor y por ello se incardinan en el art. 82 del Texto Refundido de la LGDCU, mientras que la protección o control de las condiciones generales es más amplia al afectar al consumidor y al propio profesional, con lo que, en definitiva, lo que se protege es el *mercado*, es decir, su

transparencia, seguridad, agilidad en las transacciones, tutelando la confianza de los intervinientes, facilitando los intercambios, una mejor planificación, costes más bajos; por ello, también se favorecen mejores precios para el propio consumidor, así como el restablecimiento del equilibrio contractual (protección de la parte más débil).

Como señala acertadamente la SAP Asturias (6ª) de 12 de Abril de 2000 (AC-3408), la Ley de Condiciones Generales de la Contratación no puede invocarse en materia de cláusula contractual abusiva, *”cuando el sujeto pasivo no es consumidor o usuario, pues el concepto de cláusula abusiva sólo tiene su ámbito propio en la relación con los consumidores, como con toda claridad determina el Preámbulo de la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en donde se distingue entre condiciones generales y cláusulas abusivas, señalando que las primeras se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores, exigiéndose en uno y otro caso que dichas condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez, y además, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas”*.

4.3. Contratos excluidos de la Ley 7/1998

El ámbito material de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación se delimita, por vía negativa, en su art. 4. Según este precepto, la Ley 7/98 no se aplicará a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios.

La Exposición de motivos o Preámbulo de la Ley 7/1998 justifica la exclusión de esos contratos, desde el punto de vista objetivo, pues por “*sus características específicas, por la materia que tratan y por la alienidad (sic) de la idea de predisposición contractual no deben estar comprendidos en la Ley*”. Todos esos supuestos de exclusión, conforme al considerando décimo de la Directiva 93/13 CEE, deben entenderse referidos no sólo al ámbito de las condiciones generales, sino también al de las cláusulas abusivas.

La exclusión de los contratos administrativos no se refiere a los contratos privados celebrados por la Administración, sino sólo a los contratos administrativos propiamente dichos, es decir, los sujetos a Derecho Público (art. 2 Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos de las Administraciones Públicas). La justificación es de índole objetiva, dado el tipo de actuación que realiza en estos casos la Administración, en que ejerce facultades exorbitantes o de cierto imperio jurídico para proteger los intereses públicos en juego, además de tener regulación específica.

La exclusión de los contratos de trabajo es obvia, al tener su propia regulación y control jurisdiccional con su propia ley procesal, y la del contrato de sociedad se explica por su carácter claramente individualizado que exige la voluntad expresa y conjunta de las personas que van a constituir la sociedad, lo que lo aleja de los contratos en masa. La exclusión de los contratos familiares y sucesorios trata de proteger la familia como institución, más que derechos singulares de sus miembros, además de la existencia de la prohibición de contratos sucesorios del art. 1271.2 CC, que deja la posibilidad de este tipo de contratos a algunas legislaciones forales o autonómicas.

Tampoco será de aplicación la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios Internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa

de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes (art. 4 párrafo segundo LCGC), como ocurre con los contratos bancarios, entre otros.

La legislación nacional sigue en este tema el criterio de la Directiva 93/13/CEE, con la diferencia de suprimir la referencia expresa al sector de los transportes que hace la Directiva y no hacer referencia a normas legales o reglamentarias dispositivas, quedándose la Ley sólo en las imperativas. La exclusión es lógica dado que en esas condiciones la autonomía de la voluntad no existe, por cuanto la voluntad de las partes se limita a un mandato legal.

4.4. La delimitación del ámbito de la Ley como referencia de las acciones y procesos

La delimitación del ámbito de aplicación y de los derechos subjetivos de la Ley *permite concretar las acciones* que de ella se derivan y *los procesos* en que la misma podrá ser invocada, así como las partes legitimadas, en los términos que más adelante se desarrollan. A este respecto, destacamos la SAP Madrid (11ª) de 10 de Octubre de 2002 (AC-1417), dictada en el famoso caso de las cláusulas de redondeo al alza del tipo de interés aplicado con carácter general por las entidades bancarias en los contratos de préstamo hipotecario. En el proceso se alegaba, en síntesis, que la cláusula hacía referencia a un elemento esencial del contrato (el precio) y que, además, se ajustaba a la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos, y por ello la cláusula en cuestión no se encontraba sujeta al ámbito de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

La AP Madrid rechaza estos argumentos al considerar que el redondeo al alza “*no constituye un elemento esencial del contrato sino una conducta reprobable en términos contractuales, pues no puede considerarse que forme parte de la obligación de pago de intereses..... incluso no lo son los intereses moratorios por*

incumplimiento contractual, En consecuencia se encuentran sometidas al ámbito de la Ley 7/1998, sin perjuicio del carácter o no de abusiva que quepa conferirle y que constituye objeto del siguiente motivo”. Respecto a la citada Orden de 5 de mayo de 1994 de carácter administrativo, la sentencia establece que tales normas “tienen una esfera y ámbito de actuación perfectamente delimitado, cual es la regulación interna y el control administrativo, con aquellas funciones específicas competencia del Banco de España, que en modo alguno pueden incidir en la función jurisdiccional de los Juzgados y Tribunales”.

En el mismo sentido se pronunció, en caso análogo, el Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Barcelona en sentencia de 26 de marzo de 2003 (AC-843), expresando que la cláusula de redondeo “*constituye una condición añadida a la obligación natural de pago de intereses y que carece de justificación como elemento esencial del negocio (art. 1261CC)*”, citando la sentencia de la Audiencia de Madrid, entre otras. Esta doctrina ha sido reiterada por la SAP Madrid (11ª) de 21 de febrero de 2006 (AC-833), en otro caso sobre el redondeo al alza del tipo de interés de los préstamos hipotecarios.

Por su parte, en el sentido expresado, la STS1ª de 12 de junio de 2006 (RAJ-3361) dispone que el hecho de una cláusula determinada carezca de la cualidad de condición general inhabilita, por falta de legitimación, a la Asociación demandante para reclamar la nulidad de las cláusulas del mismo tipo contenidas en otros contratos de la misma clase, y sólo estaría legitimada para impugnar una condición particular de un contrato por ella concertado como parte contratante del mismo.

En el caso de las cláusulas “*suelo*” y “*techo*” de los tipos de interés de préstamos hipotecarios, la STS1ª de 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088) apartado 190, considera que esas cláusulas “*suelo*” forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, por lo que califica esas cláusulas como referidas al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial. Las

consecuencias de tal pronunciamiento las señala dicha sentencia (apartados 196 y 197): 1) como regla no cabe el control de su equilibrio (el de las contraprestaciones esenciales del contrato), o como indica la STS1ª de 8 de junio de 2012 (RAJ-406) “*no cabe un control de precio*”; 2) sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato, y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al control de transparencia para su incorporación de la LCGC.

Esta última sentencia pone el acento en el control de transparencia que permite al tribunal el examen de las condiciones generales para resolver su incorporación al contrato y en definitiva su exigibilidad.

5. Contratos internacionales sujetos a la legislación española y las normas de derecho internacional privado.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, la normativa especial de la Ley 7/1998 es aplicable a las cláusulas de condiciones generales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española (art. 3). La Ley, sin embargo, no establece qué contratos internacionales quedan sujetos a la legislación española. Para determinar esa cuestión es preciso acudir a las normas de Derecho Internacional Privado contractual español, básicamente contenido en el Convenio de Roma (CR) del año 1980⁴⁹ que establece la ley aplicable a las obligaciones contractuales, tanto para las relaciones entre profesionales como para las relaciones con consumidores. Este convenio desplaza a las normas de Derecho Internacional Privado del Código Civil al ser de aplicación universal y preferente. El Convenio

⁴⁹ Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 y Convenio de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa, hecho en Funchal el 18 de mayo de 1992, ratificado por instrumento 7 de mayo 1993.

permite su modificación o complementación a través de normas de Derecho comunitario (art. 20)⁵⁰.

También son de tener en consideración los convenios de Derecho uniforme que establecen reglas materiales comunes en el sector de la contratación internacional que, dentro de su ámbito de aplicación, prevalecen sobre el régimen conflictual del CR de 1980. Entre esos convenios el más importante es el Convenio de Viena de 1980 (hecho en esa ciudad el 11-4-1980, B.O.E. 30-1-1991)⁵¹, cuyo régimen es disponible por las partes que pueden excluir su aplicación (art. 6), incluso por lo que se refiere al régimen de incorporación de condiciones generales. Además, según su art. 2, excluye los contratos con consumidores de su ámbito de aplicación⁵². Según este art. 2, el Convenio no se aplicará a las compraventas de mercaderías para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso.

⁵⁰ El Convenio de Roma ha sido sustituido por el Reglamento (CEE) n.º 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I), en vigor para todos los Estados miembros con la excepción de Dinamarca, el propio Reglamento limita su aplicación a los contratos concluidos con posterioridad al 17 de diciembre de 2009. Las siguientes indicaciones sobre el Convenio de Roma son extrapolables al Reglamento Roma I, dada la similitud, al menos en las cuestiones que se estudian, entre ambos textos. El Convenio de Roma, igual que el Reglamento Roma I, posee naturaleza universal (cfr. artículo 2 de ambos textos) y, consecuentemente con ello, resulta aplicable con independencia de que el ordenamiento designado pudiera ser el de un Estado extracomunitario.

⁵¹ Convención de las Naciones Unidas hecha en Viena el 11 de abril de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías. En su artículo 1º dice: *La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) Cuando esos Estados sean Estados contratantes; o b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la Ley de un Estado contratante.*

⁵² VIRGÓS SORIANO M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ F. J., en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Condiciones* [...], cit., p. 152.

Como han señalado los autores, en esta materia la LCGC puede resumirse en dos ideas fundamentales: la primera es que la LCGC sólo será aplicable a las condiciones generales que formen parte de un contrato internacional en la medida en que las normas de derecho internacional privado español designen como aplicable a ese contrato la ley española, en cuyo caso la LCGC se aplicará imperativamente; la segunda idea es que, por el juego de los convenios internacionales, sólo excepcionalmente (cuando así lo disponga el convenio o sus normas de complemento) será aplicable la LCGC española a contratos sometidos a una legislación extranjera⁵³.

La *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* no está amparada por una Directiva comunitaria por lo que no podría alterar el régimen del Convenio de Roma de 1980. En cambio, las normas relativas a los contratos con consumidores, en cuanto son ejecución de la Directiva comunitaria 93/13/CEE *sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, pueden modificar lo previsto en el CR 1980. En concreto, el CR 1980 se verá afectado por lo dispuesto en el art. 67 (redacción actual, por Ley 3/2014 de 27 de marzo) y en el art. 90.3, ambos del Texto Refundido de la LGDCU, que señalan los criterios siguientes:

Artículo 67. Normas de derecho internacional privado.

1. La ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores y usuarios se determinará por lo previsto en el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), así como por las demás disposiciones del Derecho de la Unión Europea que les sean de aplicación. Cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la ley material española.

⁵³ VIRGÓS SORIANO M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ F.J., *ibídem*, pp. 146-147.

2. Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91, ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.

3. Las normas de protección en materia de garantías contenidas en los artículos 114 a 126 ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea.

La actual redacción del precepto hace referencia al Reglamento CE nº 593/2008 y al Convenio de Roma. Por su parte el art. 90.3 TRLGDCU dispone que tiene el carácter de abusiva la siguiente cláusula: "3. *La sumisión del contrato a un*

Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza."

En consecuencia, si se trata de un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor se aplicará el Reglamento CE nº 593/2008 y el CR (modificado por los preceptos expresados de la Ley General de Consumidores y Usuarios), que imperativamente impone las normas españolas sobre cláusulas abusivas cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, y prohíbe la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar de emisión de la declaración negocial del consumidor o del lugar donde el profesional desarrolle la actividad de promoción de tales contratos.

Si se trata de contratos entre profesionales, el criterio es distinto al expresado, pues se aplica el CV 1980 o el CR 1980 en sus propios términos. En ambos rige el principio de autonomía de la voluntad de las partes que les faculta para elegir la ley del contrato. El resultado final de la normativa referida será un régimen conflictual escindido en materia de condiciones generales según el adherente sea un consumidor o un profesional.

Del tenor literal del art. 3 LCGC resulta que la legislación especial sobre condiciones generales de la contratación será de aplicación: 1) a los contratos de condiciones generales *internos*, es decir, aquellos en que todos los elementos del contrato están conectados con un único sistema jurídico, en este caso el español; y 2) respecto a los *internacionales*, es decir, aquellos contratos que presentan conexiones con más de un sistema jurídico, se aplicará a aquellos cuya *lex contractus* sea la española y, en cualquier caso, si el adherente ha emitido su declaración negocial en territorio español y tiene en éste su residencia habitual.

Cuando la *lex contractus* se determina de conformidad con lo que dispone el CR 1980, que se basa en la autonomía de la voluntad, las partes pueden escoger el Derecho que quieren que rija su contrato (art. 3). En su defecto, el convenio designa como ley aplicable la ley del prestador característico, que facilita el buen funcionamiento del mercado, con las correcciones que establece, entre otros, el art. 5 para los consumidores tendentes a corregir la desigualdad de las partes del contrato de consumo, en nuestro ordenamiento modificadas por las normas de la Ley General de Consumidores y Usuarios transcritas.

En la misma línea de autonomía, pero más matizada, el art. 10.5 del Código Civil indica que se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común de las partes; a falta de ellas, la de residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato.

Finalmente, establece una norma general para los contratos sobre inmuebles, la ley del lugar donde estén sitios y para la compraventa de muebles corporales realizada en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen.

CAPÍTULO TERCERO

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

1. Control jurisdiccional frente a control administrativo de las condiciones generales de la contratación.

1.1. Introducción: directrices de la Directiva 93/13/CEE

En los dos primeros capítulos se ha esbozado el régimen general de las condiciones generales de la contratación, su aparición como modalidad contractual dentro del tráfico privado, su necesidad en función de los avances de la contratación civil y mercantil y de las nuevas relaciones entre los empresarios y los consumidores, así como de su evolución general en el plano jurídico positivo, desde las exigencias del Derecho comunitario europeo, hasta el desarrollo legal en el plano del Derecho interno español.

Las peculiaridades que impone el Derecho de las condiciones generales de la contratación afectan no sólo al ámbito sustantivo o material, sino también al de los instrumentos legales para su tutela jurídico-pública. Una de esas particularidades se refiere, precisamente, a la naturaleza de la respuesta que el Estado debe dar a las situaciones de controversia relacionadas con las condiciones generales de la contratación. En este punto, las soluciones más utilizadas son dos: o bien diseñar un sistema de tutela administrativa (ejercida por órganos de las Administraciones públicas, en cualquiera de sus manifestaciones), o bien a través de un control jurisdiccional, por órganos integrados en el Poder judicial o pertenecientes a él.

En el presente capítulo se analizan de forma crítica las diferentes respuestas posibles del Estado, y se pone el énfasis en la adoptada por el Derecho español.

Como se verá en las páginas siguientes, el nivel de garantía que establece la legislación española alcanza no sólo a reservar la tutela jurídica de las condiciones generales a la Jurisdicción, sino, yendo más allá, a legalizar (es decir, a tipificar en la ley, negro sobre la blanco, y al amparo de la seguridad jurídica) los criterios de interpretación de las condiciones generales de la contratación, de forma vinculante para el juez. De lo uno y de lo otro se trata en este tercer capítulo.

El punto de partida es, de nuevo, la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Según ha declarado de forma reiterada el TJUE (por todas sentencias: 27 de junio de 2000, TJCE-144; 9 de noviembre de 2010, TJCE-335; 14 de marzo de 2013, TJCE-89), el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas. Esta Directiva estableció la posibilidad de que los Estados miembros optasen por un sistema de protección en vía judicial o en vía administrativa, para luchar contra las cláusulas nulas de los contratos con consumidores. Su penúltimo considerando dispone que las personas u organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección del consumidor, deben poder presentar un recurso “[.....] *ante un órgano judicial o ante una autoridad administrativa con competencia para decidir sobre las demandas o para emprender las acciones judiciales adecuadas*”. Dicha facultad, sin embargo, no supone -para la Directiva- el control sistemático previo de las condiciones generales utilizadas en tal o cual sector económico.

Esas directrices se incorporan al art. 7.1 de la Directiva, conforme con el cual los Estados miembros, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, tienen el deber de velar por que existan medios adecuados y eficaces

para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

Según el número 2 del mismo precepto, dichos medios deben incluir disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que tengan interés legítimo en la protección de los consumidores acudir a los órganos judiciales o administrativos competentes para determinar si algunas cláusulas contractuales de utilización general tienen carácter abusivo y, en su caso, aplicar medios adecuados y eficaces para que cese su utilización, todo ello con arreglo a la legislación nacional.

1.2. La opción de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación

La Ley 7/1998, *de Condiciones Generales de la Contratación*, opta exclusivamente por el *control judicial*, en la más moderna línea del Derecho comparado de la contratación⁵⁴, que trata de superar la rigidez del principio de autonomía de la voluntad, como única fuente de obligaciones. La consecuencia es el refuerzo de las facultades de control jurisdiccional para mantener la función del contrato en una situación sociológica en la que el tráfico jurídico se articula de forma muy diferente a la que contemplaban los códigos decimonónicos⁵⁵.

En este sentido, la exposición de motivos de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (apartado IV, párrafo segundo) dice literalmente que “la Ley

⁵⁴ Como es el caso, por ejemplo, del *Nieuw Burgerlijk Wetboek* o Código civil holandés de 1.992 (parcialmente traducido al castellano por Juan Guillermo Van Reigersberg Versluys, Málaga, 1996-1999, ed. Urania, con prólogo de B. Moreno Quesada). Igual criterio sigue la ley procesal alemana, la Ley de la acción de cesación (U.Kla.G.), que incluye también las acciones de retractación, la cual abarca a todas las relaciones contractuales con condiciones generales en las que una de las partes es consumidor.

⁵⁵ En este sentido vid DÍAZ ALABART S., “Pacta sunt Servanda e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales” en AA.VV., *Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas*, dirigida por Nieto Carol U., ed. Lex Nova, Valladolid 2000.

parte de que el control de validez de las cláusulas generales tan sólo corresponde a Jueces y Tribunales”. A la garantía jurisdiccional, la Ley añade la que proporciona la publicidad registral (a través del Registro de Condiciones generales de la contratación), y además introduce el deber de colaboración de los profesionales ejercientes de funciones públicas. Obviamente el control jurisdiccional se llevará a cabo, como no puede ser de otra forma, en el marco de los procesos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, para dilucidar las cuestiones relativas a condiciones generales de la contratación.

Para facilitar el control jurisdiccional, la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* no sólo establece y delimita las acciones individuales y colectivas a través de las que los tribunales efectúan ese control, sino que también establece los criterios legales que ha de tener en consideración el tribunal respecto a la incorporación o no incorporación de condiciones generales al contrato, la interpretación de contratos con condiciones generales, la nulidad de las condiciones generales y, a través de las modificaciones que introduce en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), se refiere también a los criterios de incorporación en contratos de consumo y a las cláusulas que deben tener la condición de abusivas en tales contratos, así como a los efectos de todo ello.

De esta forma el control de las condiciones generales impuestas a un consumidor puede hacerse desde el punto de vista del consentimiento debidamente informado, desde el punto de vista de la claridad y transparencia de las propias condiciones generales o desde el punto de vista del equilibrio contractual. En los dos primeros casos es un control de inclusión, un control formal, que garantiza que las referidas cláusulas sean comprensibles e inteligibles (utilización de un lenguaje claro, legible y que se dé oportunidad de conocerlas) de manera que si no se respetan esas garantías el consentimiento no sería válido. En el tercer caso, que supone haber superado el control de inclusión, es un control de contenido que

establece unos parámetros que definen lo que es una cláusula abusiva, que incluye además un elenco de cláusulas tipo que son o pueden ser consideradas abusivas.

La Jurisprudencia reciente⁵⁶ trata de unificar la terminología del control jurisdiccional de las condiciones generales al hablar de un control de “transparencia” y un control de “abusividad” en los términos expresados, destacando que ambos mecanismos responden a una misma finalidad la “depuración” de esta forma de contratación eliminando aquellas cláusulas que impiden el correcto desenvolvimiento de este fenómeno, en orden a una adecuada eficiencia y una óptima competencia del mercado. Estos controles suponen un enjuiciamiento o juicio de valor abstracto centrado en el marco negocial predispuesto y ajeno al control de consentimiento que se desenvuelve en la denuncia del error vicio del mismo.

En definitiva, la Ley no estigmatiza, sin más, toda condición general ni toda cláusula impuesta teniéndolas por ilícitas e ilegítimas sino que, a partir de la concurrencia de este hecho en el mercado como una realidad incontrovertible, limita sus efectos y consecuencias más allá de lo admisible disponiendo controles de inclusión y de contenido determinantes de la eficacia o nulidad de tales pactos.

Algún sector doctrinal califica de grave equívoco esa opción del legislador. La crítica se centra en el argumento de que el control de contenido contractual de las condiciones generales no es, a su juicio, un control judicial, sino un control legal. Así, por ejemplo, la “nulidad de pleno derecho” a la que se refiere el art. 8 LCGC, se dice, la establece la ley y los jueces la declaran; y únicamente cuando se trata de aplicar el criterio de la buena fe y el desequilibrio importante de derechos y

⁵⁶ Por todas, STS1ª de 15 abril de 2014 (RAJ-3122).

obligaciones, es decir, sólo cuando se exige del juez una más intensa labor lógico-racional de interpretación jurídica, puede decirse que existe un control judicial⁵⁷.

Sin menosprecio de estos argumentos, nos parece que los términos y la voluntad de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* es, en este punto, diferente a la que se acaba de manifestar, pues su objetivo no es una declaración de nulidad de las cláusulas de condiciones generales sino que su objetivo es que esas cláusulas que puedan reputarse nulas sean “*eliminadas*” por el predisponente del mercado. El legislador deja el control de las condiciones generales en manos de los tribunales, pero para ello exterioriza en la propia ley criterios claros y precisos a los que ha de atenerse la labor judicial, limitando con ello el criterio jurisprudencial tradicional de que en la interpretación de los contratos se ha de respetar la realizada por el tribunal de instancia en tanto no sea irracional, absurda, arbitraria o contraria a Derecho o al espíritu o la letra del texto interpretado⁵⁸.

En esta línea, la Dirección General de los Registros y del Notariado en algunas Resoluciones (por todas, resoluciones de 19 de abril de 2006 y de 14 de enero de 2008) rechaza que el Registrador de la Propiedad pueda negarse a inscribir una escritura de préstamo hipotecario sobre la base de los términos oscuros, discrecionales y genéricos favorables a la parte prestamista de las cláusulas del contrato que son contrarias a lo dispuesto en los artículos 10 bis y Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984 (LGDCU), hoy arts. 82 a 91 TR LGDCU, pues entiende que el procedimiento registral y el ámbito objetivo y medios de la calificación registral “*no puede sustituir a la declaración judicial de nulidad de las cláusulas de un contrato que son condiciones generales de la contratación, por entender que las mismas son nulas de pleno derecho al contravenir la Ley 26/1984*”.

⁵⁷ En este sentido, MIQUEL J.M., “Comentario al art. 8”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales* [...], cit., (dir. A. Menéndez y L. Díez-Picazo) p. 444.

⁵⁸ Por todas, ver las SSTs^{1a} de 12 de julio 2002, RAJ-6047, y 14 de marzo 2008, RAJ-4053.

Sin embargo, la Resolución de 4 de noviembre de 2010, matiza la doctrina anterior pues entiende que la STS1ª de 16 de diciembre de 2009 (RAJ-2010/702) reconoce el papel activo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva cuando confirma la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial, y diferencia entre no *inscribibilidad* y nulidad. En la misma línea está la STJUE de 4 de junio de 2009 (Asunto C-243/08), en cuya virtud el art. 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula en vía judicial. De ese modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto, es decir, cláusulas que estén afectadas de una nulidad apreciable objetivamente porque así resulte claramente de una norma que la exprese y no contenga conceptos jurídicos indeterminados⁵⁹.

⁵⁹ Reitera estos criterios la Resolución de la Dirección General de fecha 22-07-2015 (BOE 24-09-2015) al decir que “la nulidad de pleno derecho del artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas, actúa *ope legis* o por ministerio de la Ley y, en consecuencia, como han destacado las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, las cláusulas afectadas por tal nulidad han de tenerse «por no puestas» tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial y también en el registral; por lo que su exclusión por el registrador de la Propiedad no queda subordinado a su previa declaración judicial ni a requisito complementario alguno (inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación), especialmente cuando se trata de algunas de las cláusulas incluidas en la llamada doctrinalmente «lista negra» recogida en los artículos 85 a 90 de dicho Real Decreto Legislativo al no requerir una valoración o ponderación de las circunstancias concurrentes en función de conceptos jurídicos indeterminados”.

Por tanto, existen dos tipos de cláusulas abusivas a efectos de calificación registral, un primer tipo compuesto por aquellas estipulaciones respecto de las cuales la apreciación de

La base legal de esta interpretación es a nuestro entender precaria y contraria a la exposición de motivos de la LCGC que dejamos señalada que atribuye exclusividad de control de las condiciones generales a la Jurisdicción, tanto en su nulidad como en su carácter abusivo, sin que pueda determinarse ese carácter abusivo en un procedimiento administrativo que como el registral no tiene prevista la contradicción entre las personas que tratan de inscribir las condiciones generales (el predisponente) y sus actuales o futuros sujetos que las han de soportar (el adherente).

En las páginas que siguen se analizan los criterios legales e imperativos que, de acuerdo con la Ley 7/1998, vinculan al tribunal a la hora de someter a control la legalidad de las condiciones generales de la contratación. Estos criterios delimitan el control jurisdiccional del que forman parte inseparable: tanto las acciones individuales y colectivas como las normas relativas a interpretación, incorporación e integración, nulidad y abusividad de las cláusulas de los contratos con condiciones

la abusividad sólo es posible considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, lo que exige la disponibilidad de unos medios probatorios de los que el registrador carece, y de una valoración de esas circunstancias concurrentes que, en consecuencia, el registrador no se encuentra en condiciones de efectuar, por lo que sólo podrán ser declaradas abusivas y nulas por los tribunales de Justicia. El segundo grupo está constituido por aquellas cláusulas que sean subsumibles en la llamada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que al ser abusivas en todo caso podrán ser objeto de calificación registral con base en la antes expuesta nulidad *ope legis* de las mismas recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013, y por aquellas otras cláusulas que vulneren otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria respecto de los intereses moratorios o el artículo 6 de la Ley 1/2013 respecto de las cláusulas suelo. Pero el rechazo registral de dichas cláusulas sólo podrá tener lugar si su subsunción en los conceptos jurídicos legales puede realizarse de forma objetiva y debidamente fundamentada, es decir, siempre que no sea necesaria una ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso para comprobar su inclusión, lo que nos reconduciría al supuesto del párrafo anterior.

Así, como tiene declarado está Dirección General en la Resolución de 13 de septiembre de 2013, el registrador de la Propiedad no puede reputar como abusiva una cláusula por un pretendido desequilibrio existente en las contraprestaciones de las partes, pero sí debe calificar la observancia de los requisitos de transparencia.

generales que con carácter imperativo introduce en nuestro ordenamiento jurídico la Ley 7/1998. Por su parte el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre (que derogó el texto anterior de la Ley 26/1984), establece criterios similares a los de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* respecto a los contratos con consumidores y usuarios que utilicen condiciones generales (Título II, arts. 80 y siguientes).

2. Criterios limitativos de la libertad de interpretación del tribunal en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación

Dentro del control jurisdiccional por el que opta nuestro ordenamiento jurídico, el art. 6 LCGC establece tres reglas de interpretación de las condiciones generales de la contratación, con la pretensión de que constituyan para los tribunales reglas específicas en la materia que limitan la libre apreciación que con anterioridad existía. La exigencia de “*claridad*” de las condiciones generales debía de llevar a que no fuera precisa su interpretación, de acuerdo con el principio, que recuerda con reiteración el Tribunal Supremo, “*in claris non fit interpretatio*”. La Ley 7/1998, no obstante, establece los criterios interpretativos específicos, que complementan los previstos de forma general en los arts. 1281 y siguientes del Código Civil (en sede de interpretación de los contratos). A continuación se analizan cada una de esas reglas.

2.1. Criterio interpretativo a seguir en caso de divergencia entre la condición particular y la general

La primera regla que establece el art. 6 LCGC, se aplica en caso de existencia de contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para un contrato determinado. En este caso, han de prevalecer las condiciones particulares sobre las condiciones generales, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las particulares (art. 6.1 LCGC).

La norma, que por otra parte es coherente con el criterio tradicional de solución de antinomias entre normas generales y normas particulares (*lex specialis derogat generalis*), parte de la base de que no es de recibo interpretar las condiciones generales de forma autónoma o individualizada, separada del conjunto de disposiciones contractuales, pues el contrato es un todo, una unidad, y las cláusulas que lo componen deben estar relacionadas unas con otras a la hora de su interpretación, tal y como dispone el art. 1285 del CC⁶⁰. El art. 6.1 LCGC viene a ser una excepción al Código Civil, ya que el art. 1285 CC ordena que se atribuya a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas las restantes cláusulas del contrato.

Si la interpretación busca, como regla, averiguar la voluntad común de los contratantes, en los contratos en que las cláusulas han sido predisuestas por uno solo de los contratantes tal cosa no será posible. Ello obliga a plantearse de una forma distinta y nueva este tipo de interpretación, pues carece de sentido averiguar la voluntad del predisponente que nunca será la voluntad común. Se hace así necesario invertir el orden de las reglas de interpretación, aplicando preferentemente las reglas *objetivas* de interpretación más que las *subjetivas* (la voluntad común de

⁶⁰ “Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”.

las partes), buscando el equilibrio de las posiciones contractuales como principal criterio objetivo⁶¹.

La aplicación de esta regla supone valorar o determinar cuál de las cláusulas es más beneficiosa, ya que la misma más que un criterio de interpretación es un criterio jerárquico: si, por una parte, impone que prevalezca lo particular sobre lo general, por otra parte, impone una segunda regla que hace desaparecer la primacía de lo particular sobre lo general cuando la condición general resulte más beneficiosa para el adherente⁶². Con todo, decidir la condición que resulte más beneficiosa obliga a interpretar el contexto del contrato para determinar el beneficio mayor o menor, además de separar lo que es particular o general que en muchos casos puede no estar claro.

2.2. Criterio interpretativo a seguir en caso de cláusulas oscuras: la regla "contra proferentem"

Conforme con el segundo criterio legal de interpretación regulado en la Ley 7/1998, las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se han de resolver a favor del adherente (art. 6.2, inciso primero, LCGC). Consagra aquí la Ley de condiciones generales de la contratación la regla "*contra proferentem*", imponiendo en caso de duda la interpretación más favorable al consumidor y no al predisponente. La regla guarda relación con el art. 1288 del CC (las cláusulas oscuras no han de favorecer a la parte que haya ocasionado la oscuridad), que, por integrarse en el Código civil, es de ámbito más amplio en su aplicación que la Ley de condiciones generales de contratación. Esta es, sin embargo, de mayor dureza

⁶¹ En este sentido DÍAZ ALABART S., "Art. 6 LCGC" en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la [...]*, cit., coordinados por R. Bercovitz, Aranzadi 2000, pp. 198-99.

⁶² Ver DÍAZ ALABART S., *ibídem*, pp. 202 y 207.

para el que creó la oscuridad, al suponer una clara penalización para el predisponente, si bien se basan en el mismo principio de la buena fe objetiva.

El art. 5 de la Directiva 93/13/CEE establecía una norma con contenido similar, que ponía el acento en la protección del consumidor⁶³. Así lo entendió la mencionada STJUE, de 9 de septiembre de 2004 (TJUE 2004-227), según la cual España incumplía en este punto la Directiva 93/13, ya que ni el art. 10.2 LGDCU (en su redacción anterior al vigente Texto Refundido de este texto legal) ni el art. 6.2 LCGC precisaban que la regla de interpretación favorable al consumidor no se aplica en los casos de las acciones colectivas de cesación contempladas en el art. 7.2 de la Directiva; tales preceptos (sic) “*establecen una regla general de interpretación favorable a los consumidores sin ningún tipo de limitación*” y, además, señala que “*el art. 12 de la LCGC relativo a las acciones colectivas de cesación, no constituye excepción alguna*” en cuanto a la aplicación de la regla de interpretación que comentamos.

Esta misma sentencia del TJUE justifica el diverso tratamiento de la regla “*contra proferentem*” en las acciones individuales y en las colectivas en su apartado 16. Según la Sentencia, “*La distinción que establece el artículo 5 de la Directiva en lo que atañe a la regla de interpretación aplicable, entre las acciones que implican a un consumidor individual y las acciones de cesación, que implican a las personas u organizaciones representativas del interés colectivo, se explica por la distinta finalidad de ambos tipos de acciones. En el primer caso, los tribunales u órganos competentes han de efectuar una apreciación in concreto del carácter abusivo de*

⁶³ Art. 5 de la Directiva: “*En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva*”. Las acciones contempladas en el art. 7, apartado 2, de la Directiva, son las denominadas *acciones de cesación* de las que más adelante nos ocuparemos.

una cláusula contenida en un contrato ya celebrado, mientras que, en el segundo caso, les incumbe efectuar una apreciación in abstracto del carácter abusivo de una cláusula cuya posible inclusión se prevé en contratos que todavía no se han celebrado. Para añadir: En el primer caso, una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado beneficia inmediatamente a éste. En el segundo supuesto, en cambio, para obtener con carácter preventivo el resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, no procede, en caso de duda, interpretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para ellos. De este modo, una interpretación objetiva permite prohibir con mayor frecuencia la utilización de una cláusula oscura o ambigua, lo que tiene como consecuencia una protección más amplia de los consumidores.”

Esta sentencia del TJUE, al declarar que los arts. 10.2 LGDCU y 6.2 LCGC (en su redacción entonces vigente) incumplían la legislación comunitaria, obligó a la modificación de esos preceptos en el sentido de exceptuar las acciones colectivas de cesación de la aplicación de la regla “*contra proferentem*”. La modificación se llevó a cabo por la Ley 44/2006 de 29 de diciembre, *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*, que añadió un segundo inciso al art. 6.2 LCGC y una nueva redacción al art. 10.2 LGDCU. Este último precepto ha sido incorporado al referido Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que regula la materia en el art. 80.2. De acuerdo con la reforma, la redacción actual de dichos preceptos es la siguiente:

Art. 6.2 LCGC: *"En los contratos con consumidores esta norma de interpretación (las dudas sobre cláusulas oscuras se resuelven a favor del adherente) sólo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales".*

Art. 80.2 del TRLGDCU: *"Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor".*

Con las modificaciones referidas se adaptó la normativa española a las exigencias expresadas de la sentencia del TJUE citada, tal como indicaba la disposición final tercera Ley 44/2006. En la jurisprudencia española, la STS1ª de 24 de Junio de 2002 (RAJ-5263) se refería a la regla *contra proferentem* en lo fundamental, cuando señaló que “*conviene recordar que la regla de interpretación contra proferentem, acogida en el art. 1288 CC, como aplicación concreta del básico principio de la buena fe en la interpretación negocial, requiere no sólo la redacción unilateral del contrato, sino principalmente oscuridad en la cláusula cuyo contenido se cuestiona*”. Para el Alto tribunal “*esta regla no es rígida ni absoluta y para su aplicación han de tenerse en cuenta las circunstancias especiales de cada contrato y si de los términos del mismo cabe deducir conclusiones suficientes que disipen la posible oscuridad que presenten, de esta manera resulta relegado el precepto*”⁶⁴. En el mismo sentido la STS1ª de 21 de Noviembre de 2003 (RAJ-8085) dispone que la regla *contra proferentem* deriva del art. 1288 del CC, según el cual las cláusulas oscuras o contradictorias no deberán favorecer a la parte que ha redactado el contrato originando tal oscuridad⁶⁵.

⁶⁴ Ver, sobre este particular las SSTs1ª de 13 de diciembre de 1986, 26 de abril 2002, y 17 de octubre de 1998. Por su parte la STS1ª de 13 de marzo de 2012 (RAJ-4527) insiste en que los artículos 1281 a 1289 CC contienen un conjunto de normas de rango distinto de aplicación y en el que la primera regla a aplicar es la del párrafo primero del art. 1281, de tal manera que, si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre cuál fue la intención de las partes, no entran en juego las contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario respecto de la que, en tal caso, llama a la interpretación literal.

⁶⁵ Y concluye: “*a la inversa, sí favorecerá a la parte que no lo ha redactado, ello aplicado a los contratos de adhesión, que uno de los más típicos es el de seguro, es que la duda en la aplicación de una cláusula oscura o contradictoria se interpretará a favor del adherente. Lo cual ya había sido proclamado por la Ley 26/1984 de 19 de Julio (LGDCU) y ha sido posteriormente repetido por la Ley 7/1998 de 13 de abril (LCGC)*”.

2.3. Regla de subsidiariedad: remisión al Código Civil

El tercer criterio de interpretación legal de las condiciones generales de contratación establece una regla de subsidiariedad. Según esta regla, en lo no previsto, se aplican las disposiciones del Código Civil (arts. 1281 a 1289) sobre la interpretación de los contratos (art. 6.3 LCGC). Es un precepto de igual criterio que el art. 4.3 del CC, que establece que las disposiciones del Código Civil se aplicarán como supletorias “*en las materias regidas por otras leyes*”. En lógica consecuencia, los criterios contenidos en los números 1 y 2 del artículo 6 LCGC son de aplicación prioritaria frente a otras reglas de interpretación.

Una última regla de interpretación se incluye en el art. 10 n° 2 LCGC para los casos en que un contrato esté afectado parcialmente por la no incorporación o por la nulidad de determinadas cláusulas y *pueda subsistir sin las mismas*. En tales supuestos, el precepto ordena que el contrato “*se integrará con arreglo a lo dispuesto en el art. 1.258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo*”.

La Ley impone la conservación del contrato en lo posible y la integración del mismo, lo que exime de desplegar una actividad interpretativa, en el mismo sentido que establece el art. 6.1 de la Directiva⁶⁶. El contrato obviamente no podrá subsistir cuando la nulidad o no incorporación afecte a uno de los elementos esenciales del mismo, en los términos del art. 1261 del CC, como expresamente señala el art. 9.2 LCGC, pero fuera de esos casos el principio general debe ser el de subsistencia e integración del contrato. El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, tras la reforma de la Ley 3/2014 de 27 de marzo,

⁶⁶ Art. 6.1: “*Los estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas*”.

establece criterios distintos pues no permite la integración del contrato (art. 83), cuando se trata de cláusulas abusivas en contratos con condiciones generales en los que intervienen consumidores y usuarios, si bien opta por la subsistencia del contrato siempre que pueda subsistir sin la cláusula nula.

3. Especial referencia a las causas de nulidad de las condiciones generales de contratación

3.1. Introducción

La Ley 7/1998 contiene una relación específica de causas de nulidad de las condiciones generales de la contratación, diferenciada de la regulación general establecida en el Derecho privado general. La tipificación de las causas constituye también una enumeración de criterios de interpretación, que favorecen la seguridad jurídica pero del mismo modo limitan la libertad interpretativa del tribunal. Por cuanto se refiere a los aspectos más destacados de su regulación, cabe decir que por primera vez en nuestro Derecho, se incorpora una relación de cláusulas concretas que se reputan abusivas -y por tanto nulas-, lista que tiene carácter normativo y por ello de obligada observancia por los tribunales.

La regulación indicada se hizo a través de la disposición adicional primera de la Ley 7/1998, que introdujo diversas modificaciones en la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Este inicial criterio ha sido mantenido y confirmado por el actual Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre) que dedica el Título II a las condiciones generales de los contratos con consumidores y usuarios y a las cláusulas abusivas (definidas, como se ha expuesto, con carácter previo, por la disposición adicional primera de la Ley

de Condiciones Generales de la Contratación). En el nuevo texto refundido esas cláusulas abusivas se regulan en artículos independientes, en los términos que a continuación se analizan.

3.2. Criterio general de nulidad y en la contratación entre empresarios

En primer lugar, la Ley establece (art. 8 LCGC) una causa objetiva de nulidad: serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan, en perjuicio del adherente, lo que dispone la Ley de Condiciones Generales de la Contratación o cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto en caso de contravención. Este apartado concuerda con el art. 6.3 del CC⁶⁷, según el cual la nulidad de pleno derecho es la consecuencia legal de no respetar las normas imperativas y prohibitivas. La norma especial no es por ello inútil pues, como señala algún autor⁶⁸, el propósito del art. 8 LCGC es reservar el régimen especial para las relaciones entre adherentes y predisponentes, y que, a contrario sensu, cuando se trata de contratación entre empresarios, el régimen legal de nulidad aplicable es el general del Código Civil.

El hecho de que el art. 8.1 LCGC reitere lo establecido, con carácter general, por el art. 6.3 del CC tiene como objetivo completar la omisión legal que se produciría por la falta de regulación expresa de la nulidad de las condiciones generales en los contratos entre empresarios o profesionales. El resultado es que la Ley de condiciones generales no establece un control de contenido específico en los contratos entre empresarios, pues los adherentes empresarios o profesionales no

⁶⁷ Recordemos: Art. 6.3 CC. “*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”.

⁶⁸ MIQUEL J.M., “Art. 8 LCGC”, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales* [...], cit., pp. 428 a 482.

tienen normas especiales en dicha Ley distintas de las que proporcionan las normas imperativas y prohibitivas aplicables a todos los contratos⁶⁹.

Esta causa de nulidad es, a la vez, un supuesto *control de contenido en vía jurisdiccional* de aquellas condiciones generales que han superado el control de incorporación en la misma vía, cuya misión consiste en determinar cuáles son los criterios para deslindar las condiciones generales no abusivas (permitidas) y las abusivas (no permitidas o prohibidas) para sancionar estas últimas con su exclusión del contrato, esto es, con la nulidad.

3.3. Causa de nulidad en la contratación con consumidores

La segunda causa de nulidad del citado art. 8 LCGC es de carácter subjetivo. Serán nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor; se entiende por cláusulas abusivas, a los efectos de este art. 8 LCGC, las enumeradas en el art. 10 bis y disposición adicional Primera Ley 26/1984 de 19 de Julio de la LGDCU (art. 8.2 LCGC), actualmente contenidas en el Título II (arts. 80 a 91) del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, en los términos en que más adelante se expone.

La sanción de nulidad se limita, en esta segunda causa, al caso concreto de condiciones generales y a los contratos celebrados con consumidores según la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aunque no hay razón para

⁶⁹ MIQUEL J.M., *ibídem*, p. 441, afirma que cuando el contrato es entre empresarios o profesionales, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación sólo protege al adherente en cuanto a los requisitos de inclusión, pero no si en condiciones generales de la contratación se desplazan las normas del derecho dispositivo. Con carácter general sobre esta cuestión ver trabajo de ALBIEZ DOHRMANN K.J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con [...]*, cit., Navarra 2009, p. 251 y ss.

prescindir de toda protección al contratante débil en los contratos entre profesionales⁷⁰.

Según el Preámbulo de la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuando exista abuso de una posición dominante en los contratos entre profesionales, se está a las normas generales de nulidad contractual. Pero nada impide que también pueda declararse judicialmente la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, "*incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios*". Habrá que tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas, lo que confirma lo dicho de que no existe razón para prescindir de protección en los contratos entre profesionales.

4. El concepto de cláusula abusiva y sus requisitos previos

4.1. Introducción

El control jurisdiccional de la LCGC incluye, como dijimos, tanto lo relativo a la incorporación al contrato de las condiciones generales predispuestas cuya base es la exigencia de transparencia en su formulación y en facilitar su conocimiento por el adherente, como en la legalidad interna de las mismas, básicamente que no sean contrarias a la ley o, si intervienen consumidores, que no sean abusivas. Por ello, el concepto y la consideración de cláusula abusiva ha pasado a ser fundamental en esta materia, bien porque la normativa refiere lo que ha de ser considerado abusivo con carácter general, como por el hecho de que se establezcan con carácter enunciativo

⁷⁰ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., "Comentario al art. 8 LCGC" en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de [...]*, cit., Aranzadi 2000, pp. 267-268.

una serie de cláusulas que tienen esa consideración legal de cláusula abusiva por falta de reciprocidad obligacional o porque causan un claro desequilibrio en perjuicio del consumidor en contra de las exigencias de la buena fe. Finalmente, señalar que el hecho de que una cláusula supere el control de transparencia para su incorporación al contrato, no supone que sea equilibrada y beneficie al consumidor.

4.2. El concepto legal de cláusula abusiva

Para definir las cláusulas abusivas es preciso recurrir al TRLGDCU, que establece un concepto legal de lo que ha de entenderse por cláusula abusiva, para seguidamente señalar cláusulas concretas a las que la norma califica de abusivas. Partiendo de lo que disponía el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CE en relación con lo que había de entenderse por cláusulas abusivas⁷¹, la disposición adicional primera de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, modificó la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y le añadió un nuevo artículo, el *10 bis*, que establecía los criterios legales básicos de lo que ha de entenderse por cláusula *abusiva* en los contratos con consumidores, criterios que debían de ser tenidos en consideración por el tribunal.

Estos preceptos han sido sustituidos en el nuevo Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por los arts. 82 a 91 que establecen de forma más ordenada y sistemática los criterios y principios esenciales que establecían los preceptos sustituidos. En concreto, el art. 10 bis LGDCU (en la redacción que le dio la Ley 44/2006 de 29 de diciembre), se sustituye por los arts.

⁷¹ El art. 3 nº 1 de la Directiva 93/13 dice: “1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

82 y 83 del Texto Refundido de la LGDCU, que recogen básicamente lo normado en el art. 3.1 de la Directiva 93/13.

El art. 82.1 del TRLGDCU establece el concepto legal diciendo que son abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas las prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causen un *desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*. El desequilibrio contractual es la referencia objetiva prioritaria para calificar de abusiva una cláusula determinada según el texto legal.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluye la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato (art. 82.2 TR). En todo caso, se consideran abusivas las cláusulas que se relacionan en los arts. 85 a 90 (art. 82.4 TR) que seguidamente se transcriben.

El precepto se ocupa, al igual que el antes referido art. 80. 1 c) TRLGDCU, del *control de contenido en vía jurisdiccional* de las cláusulas predispuestas y reproduce la Directiva 93/13/CEE, incluso en la remisión a la “*lista*” de cláusulas abusivas que se recogen en el Anexo de la misma al que remite el art. 3.3 de la Directiva, lista de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas que este precepto califica de indicativa y no exhaustiva.

Se establece una regla general para apreciar el carácter abusivo de una cláusula según la cual se ha de tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios *objeto* del contrato y considerar todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración junto con las demás cláusulas (art. 82.3 TR LGDCU)⁷². Ello

⁷² El art. 4 de la Directiva 93/13 ya fijaba estas referencias a tener en cuenta para determinar el carácter abusivo de una cláusula.

permite apreciar los elementos esenciales del contrato, en especial la cosa o servicio y el precio, que la Directiva excluye de control del equilibrio entre las prestaciones de las partes, pues la libertad de precios se considera esencial en una economía de mercado.

La STS1ª de 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088) indica, apartado 238, que estas reglas deben matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación en las que es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia o en el momento posterior en que la cuestión se plantee en el litigio dando oportunidad de alegar a las partes, y sin que puedan valorarse las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente.

4.3. Los requisitos para considerar una cláusula abusiva

De los preceptos legales que se acaban de transcribir resultan los requisitos, cuya acreditación se exige y por ello deben ser objeto de prueba en el proceso, para calificar de abusiva una cláusula y aplicar el control de contenido al contrato. Estos requisitos son los siguientes:

a) En primer lugar, que se trate de estipulaciones no negociadas individualmente, o bien, en el ámbito de la LCGC referidas a condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en una pluralidad de contratos. La norma (art. 82 TRLGDCU) también refiere la posibilidad de considerar abusivas, con las mismas exigencias que las estipulaciones citadas, a “*todas las prácticas no consentidas expresamente*” que utilice el predisponente en su relación con el consumidor.

b) Que la cláusula o práctica abusiva produzca un *desequilibrio importante* (art. 82.1 TR LGDCU) de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Debe ser importante (tener cierta entidad) y además *injustificado*, esto es, contrario al “*justo equilibrio*” que se deriva de la evaluación global de los distintos intereses en juego.

c) Que ese desequilibrio importante sea en *perjuicio del consumidor y usuario*. Perjuicio que ha de ser real, no ficticio y suficientemente acreditado, lo que incluye no sólo determinar su cuantía sino probar la relación de causa a efecto entre la cláusula abusiva y el perjuicio causado. No contempla la norma la calificación de abusivas de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario.

d) Que el desequilibrio perjudicial para el consumidor sea *contrario* a las exigencias de la *buena fe*. La buena fe impone el respeto por el profesional de los intereses legítimos del consumidor de acuerdo con las reglas de la lealtad y de la equidad.

La normativa que comentamos no contiene especiales precisiones de qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, lo que lleva a dejar al tribunal la valoración de la existencia de ese desequilibrio, teniendo en consideración que el control abstracto de las condiciones generales no debe limitarse a la esfera subjetiva sino que es necesario proyectarlo al comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido.

Entendemos que se trata de la buena fe objetiva del art. 1258 del CC (arts. 82.1 TR LGDCU)⁷³ que obliga a cada contratante a comportarse según las pautas de honradez acordes con la moral social, las buenas costumbres, los usos y las normas

⁷³ En igual sentido DÍAZ ALABART S., “Comentario al art. 6 LCGC” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales* [...], cit., Aranzadi 2000, pp. 222-223.

dispositivas (arts. 1255, 1271 y 1275 CC) al predisponer e imponer cláusulas o condiciones, de manera que no quede defraudada la confianza del otro contratante (lo razonablemente esperado por él) en que esas reglas de honradez, lealtad y equidad serán debidamente cumplimentadas⁷⁴.

Las normas dispositivas representan la normalidad asumida por el legislador, hasta el punto que las cláusulas que reproducen tales normas quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE. Cualquier cambio de esas pautas que desequilibre sustancialmente los derechos y obligaciones respectivas deberá estar debidamente justificado.

A ese concepto objetivo de la buena fe se refiere, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, STS1^a de 12 de Julio de 2002 (RAJ-6047), que la define como comportamiento honrado justo y leal, coherente y de protección de la confianza ajena, que se ajusta a reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente y que en el campo contractual obliga al pacto literal y a integrar su contenido en sus derivaciones naturales "*de tal modo que impone comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos*".

Las sentencias del TJUE de 21 de febrero de 2013 (TJCE-46) y 14 de marzo de 2013 (TJCE-89), establecen que el art. 3, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que el concepto de desequilibrio importante, en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables, a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista en el Derecho nacional vigente. Se trata de un control de legalidad que no

⁷⁴ A la buena fe como límite de las condiciones generales se refiere también ALBIEZ DOHRMANN K.J., en *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones* [...], cit., pp. 208 a 219, en las que llega a la conclusión de que las cláusulas abusivas se deben combatir con la cláusula general de buena fe.

permite decidir con base en la equidad o discrecionalmente conforme a las características del caso concreto, pues ese control debe operar y ajustarse a los principios y normas de nuestro sistema jurídico en orden a comprobar que la regla contractual predispuesta es conforme a los principios básicos de la regulación contractual aplicable a ella. De esta forma el control se proyecta de un modo objetivable para contrastar el modo contractual predispuesto con las normas del Derecho nacional en el momento de la celebración del contrato⁷⁵.

Para comprobar si se causa desequilibrio “*pese a las exigencias de la buena fe*”, debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.

4.4. La necesidad de prueba en juicio de los hechos que determinan la consideración de una cláusula como abusiva

Han de ser objeto de prueba en juicio los hechos base que integran el concepto legal de cláusula abusiva. Más concretamente, es necesario acreditar que se trata de cláusulas no negociadas individualmente, predispuestas e impuestas al adherente (consumidor), o prácticas no consentidas de forma expresa.

De acuerdo con la regulación especial de la legislación de consumidores y usuarios, no es de aplicación la regla general de carga de la prueba (en cuya virtud corresponde la prueba de los hechos a la parte que los alega: art. 219 LEC, heredero del derogado art. 1214 CC). Como norma especial, para determinar cuándo una cláusula ha sido negociada individualmente se formula un criterio de carga de la prueba por el cual se invierte la carga de la misma y se impone al empresario o

⁷⁵ En igual sentido, STS1ª de 15 de abril de 2014 (RAJ-3122).

profesional la obligación de probar esa circunstancia (art. 82.2, párrafo segundo, TR LGDCU)⁷⁶.

Se pretende de este modo poner coto a los abusos de las condiciones generales y su utilización por profesionales y empresarios en su contratación con consumidores, aplicándoles la sanción prevista en el art. 83 TRLGDCU (nulidad de pleno derecho), y ello admitiendo incluso la nulidad parcial pues el precepto se aplicará aunque ciertos elementos de una cláusula o una cláusula aislada se haya negociado individualmente.

4.5. Control jurisdiccional de contenido y la necesidad de prueba de la contravención de la buena fe

El control jurisdiccional del contenido comienza y acaba en el principio de buena fe. Se lleva a cabo desde las “*exigencias de la buena fe*” (art. 80.1, apartado c) TRLGDCU); la contravención de las exigencias de la buena fe lleva a considerar abusiva una determinada estipulación (art. 82.1 TRLGDCU).

La buena fe se convierte así en norma de “*ius cogens*” cuya contravención supone la nulidad (salvo que pudiera encontrarse una justificación) y, como consecuencia de la nulidad, se produciría la sustitución de lo “*pactado*” por ese modelo de regulación no respetado que representa el Derecho dispositivo. Aunque el principio de la buena fe no tiene la misma fuerza a efectos de calificar una cláusula como abusiva (que exige un desequilibrio importante, y por tanto un

⁷⁶ La STS1ª de 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088) recuerda que cuando se trata de la acción de cesación no es posible la aplicación directa del art. 82.2 TRLGDCU, ya que no existe un consumidor concreto con el que se haya negociado o al que se haya impuesto la condición general, con lo que en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas de negociar, recae sobre el empresario.

margen de tolerancia para la “*mala fe*”), que a efectos de integrar el contrato parcialmente anulado, que exige al máximo la buena fe (art. 1258 CC).

La buena fe significa básicamente la “*legítima expectativa del consumidor que contrata con condiciones generales*”, quien puede legítimamente confiar en que la reglamentación contenida en el clausulado no se va a separar sensiblemente, y en su perjuicio, de lo que es normal en el tipo de contrato que ha celebrado, y es esa normalidad la que integrará el contrato una vez que se hayan anulado las cláusulas abusivas, lo que en definitiva supone una concreción del principio general de buena fe (art. 7.1 CC) y por ello una prueba en juicio de esos elementos que lo concretan.

Se debe destacar que la contravención de la buena fe, en los términos expresados, corresponde probarla al que solicita la nulidad o la declaración de abusiva de una cláusula, con las dificultades que entraña la referida prueba pues la buena fe se presume en principio y, en definitiva, el tribunal siempre tendrá un margen amplio de discrecionalidad en su valoración.

Cuando se declara la nulidad de una cláusula, el objetivo es erradicarla del contrato, pero con la particularidad de que sus efectos no lleven a dejar sin efecto lo pactado en él, siempre que pueda subsistir sin esas cláusulas (art. 83 TR LGDCU)⁷⁷.

5. Cláusulas abusivas según los arts. 85 a 90 LGDCU Texto Refundido (Real Decreto Legislativo 1/2007).

5.1. Relación de cláusulas abusivas en el Derecho interno español

⁷⁷ MIQUEL J.M., “Comentario al art. 8 de la LCGC” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales* [...], cit., p. 463, indica que el art. 1258 del CC que exige cumplir el contrato conforme a las exigencias de la buena fe, “opera en los contratos con condiciones generales o cláusulas predispuestas no sólo para colmar los vacíos producidos por la nulidad parcial, sino también para llenar las lagunas de la reglamentación contractual como en los demás contratos” cumpliendo una función de interpretación integrativa.

Los criterios legales de los arts. 80 y 82 TRLGDCU se completan con unas normas novedosas en nuestro Derecho sobre nulidad legal de cláusulas concretas, que establecen los arts. 85 a 90 TRLGDCU. Hasta la entrada en vigor de la LCGC nunca antes se había contado con un precepto con rango de Ley que contuviera una relación legal de cláusulas abusivas y, por tanto, nulas. Con anterioridad, regía el referido criterio general jurisprudencial de que la interpretación de los contratos es competencia del tribunal de instancia, la cual debía ser respetada en tanto no sea ilógica, absurda o contravenga algún precepto legal o el espíritu o la letra del texto interpretado.

Las normas sobre nulidad legal fueron introducidas por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación cuando añadió, a la anterior redacción de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la disposición adicional primera que relacionaba veintinueve cláusulas abusivas. La Ley 44/2006 de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, añadió dos nuevas cláusulas, la 7 bis y la 17 bis, y modificó la cláusula 22. La disposición adicional primera de la Ley 22/2007 de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, que entró en vigor en fecha 12-10-2007, añadió la cláusula 19 bis.

Los artículos 85 a 90 del TRLGDCU señalan igualmente cláusulas concretas que tienen por ley la calificación de abusivas y han venido a sustituir lo establecido en la referida disposición adicional primera que introdujo la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Estas normas dicen lo siguiente:

«Artículo 85. Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario.

Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, *en todo caso*, las siguientes:

1. Las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida.

2. Las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurren motivos válidos especificados en el contrato.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

4. Las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculen a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable.

Lo previsto en este párrafo no afecta a las cláusulas en las que se prevea la resolución del contrato por incumplimiento o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato.

5. Las cláusulas que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aún cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones.

6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

7. Las cláusulas que supongan la supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del empresario para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor y usuario se le haya exigido un compromiso firme.

8. Las cláusulas que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario.

9. Las cláusulas que determinen la exclusión o limitación de la obligación del empresario de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

10. Las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado.

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que tales índices sean legales y que en ellos se describa explícitamente el modo de variación del precio.

11. Las cláusulas que supongan la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

Artículo 86. Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario.

En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:

1. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario.

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad.

2. La exclusión o limitación de responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél.

3. La liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste.

4. La privación o restricción al consumidor y usuario de las facultades de compensación de créditos, retención o consignación.

5. La limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario.

6. La imposición de renunciaciones a la entrega de documento acreditativo de la operación.

7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.

Artículo 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad. Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

1. La imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos.

2. La retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario.

3. La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad.

4. La posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato.

5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado.

6. Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

Artículo 88. Cláusulas abusivas sobre garantías. *En todo caso* se considerarán abusivas las cláusulas que supongan:

1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido.

Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

2. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante.

3. La imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del empresario proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la normativa específica sobre la materia⁷⁸.

Artículo 89. Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato. *En todo caso* tienen la consideración de cláusulas abusivas:

1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.

4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

5. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

6. La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del empresario, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

7. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

⁷⁸ Cláusula introducida por la disposición adicional primera de la Ley 22/2007 de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Ley que entró en vigor en 12-10-2007.

8. La previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato.

Artículo 90. Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable. Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan:

1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.

2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble,

3. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

Artículo 91. Contratos relativos a valores, instrumentos financieros y divisas.

Las cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos, resolución anticipada de los contratos de duración indefinida y al incremento del precio de bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros bienes y servicios cuyo precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el empresario no controle, ni a los contratos de compraventa de divisas, cheques de viaje o giros postales internacionales en divisas.»

La Directiva 93/13/CEE establece también en su Anexo una relación o lista de cláusulas que tienen el carácter de abusivas. La citada sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 establece que el art. 3, apartado 3, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el Anexo al que remite esa disposición sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. En la misma línea, nuestro Derecho interno, tanto la anterior redacción como la actual del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, opta por el sistema de enumeración o lista de este tipo de cláusulas. En concreto, el Texto Refundido dedica el Título II a las “*condiciones*

generales y cláusulas abusivas”, donde enumera (capítulo II) esas cláusulas que considera abusivas⁷⁹.

La relación de cláusulas abusivas, “*enumeración enunciativa*” (como la calificó, en su momento, el apartado VIII del Preámbulo de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*), está extraída de la Directiva, añadiéndose otras que, aún sin estar previstas en esta última, se estima necesaria su inclusión en nuestro Ordenamiento por su carácter claramente abusivo. La STS1ª de 15 de abril de 2014 (RAJ-3122) indica que en esta materia lo que en la Directiva comunitaria suponía un sistema de cláusula general y “*lista gris*”, puesto que el anexo al que remite el art. 3.3 contiene “*una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas*”, en nuestro Derecho interno ha sido transpuesto como un sistema de cláusula general y “*lista negra*”, en cuanto que las cláusulas anunciadas en los actuales arts. 85 a 90 TRLGDCU son abusivas “*en todo caso*” (FD 3º-3), lo que supone un mayor rigor en el control de las cláusulas abusivas que es conforme con la propia Directiva, que es una norma de mínimos según se desprende del art. 8 de la misma y así lo afirma la sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 (TJCE-162) que considera que ese mayor rigor en el control de las cláusulas abusivas que establecen los arts. 85 a 90 TRLGDCU es conforme a la Directiva⁸⁰.

⁷⁹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ L.H. “Una nueva necesidad, la protección frente a los desatinos del legislador (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/98, sobre condiciones generales de la contratación)” ADC tomo LI, fascículo III, Julio-Septiembre 1.998, p. 1313, considera esta parte la menos defectuosa de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

⁸⁰ La propia STS1ª de 15 de abril de 2014 (RAJ-3122) en el mismo fundamento, establece las consecuencias de ese mayor rigor de control, al expresar que “*para decidir si una cláusula no negociada individualmente, inserta en un contrato concertado con consumidores, puede considerarse o no abusiva, es metodológicamente más eficiente analizar en primer lugar si puede encuadrarse en alguno de los supuestos ejemplificativos que la ley considera abusivos “en todo caso” (arts. 85 a 90 TRLGDCU), de modo que en caso afirmativo se declare su abusividad y, consiguientemente, su nulidad de pleno derecho, y solo en caso de no ser así se pasará a valorar su abusividad con base en la cláusula general*” (art. 82 TRLGDCU).

El TRLGDCU hace un esfuerzo de sistematización superior al que establecía la anterior disposición adicional primera LGDCU; así a la división de las cláusulas abusivas atendiendo a la vinculación del contrato a la voluntad del empresario (art. 85), las que limiten los derechos básicos del consumidor y usuario (art. 86), las relativas a la falta de reciprocidad (art. 87) y las abusivas sobre garantías (art. 88), añade las cláusulas que clasifica como abusivas por afectar al perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89), cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable (art. 90).

Deja fuera, al igual que hacía el último párrafo de la norma anterior, los contratos relativos a valores, instrumentos financieros y divisas (art. 91 TRLGDCU) en materia de cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos, resolución anticipada de los contratos de duración indefinida y al incremento del precio de bienes y servicios siempre que el precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil o un tipo del mercado financiero que el empresario no controle.

5.2. El uso de conceptos indeterminados en la tipificación de las cláusulas abusivas por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

Tanto la anterior disposición adicional primera *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, como los vigentes artículos 85 a 90 TRLGDCU, se remiten, en muchas de las situaciones abusivas que contempla, a conceptos indeterminados o genéricos como pueden ser: “*que vayan contra las exigencias de la buena fe*”, “*que produzcan un desequilibrio importante a los derechos y obligaciones de las partes*”, la premisa de si una concreta cláusula ha sido “*negociada o no individualmente*”, “*que se aprecie el carácter abusivo*” de una

cláusula, el concepto de “*plazo excesivamente largo*”, reservarse derechos especiales “*sin motivos válidos*” o excluir o limitar de derechos del consumidor y usuario o “*en perjuicio de*” ellos, la exigencia de “*garantías desproporcionadas*”, entre otras.

Estas expresiones, nos colocan ante un problema de calificación que, en la esfera del proceso, presenta raíz probatoria, por tratarse de premisas fácticas. De la suficiencia o insuficiencia de la prueba dependerá, en estos casos, no sólo la declaración de nulidad sino, incluso, el que a la litis le sea aplicable o no la Ley de Condiciones Generales de la Contratación o la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la legitimación de la entidad que ejercita la acción colectiva y la procedencia del ejercicio de esta acción, el proceso a seguir y, en definitiva, la existencia o no de contratos con consumidores.

Los autores⁸¹ hacen una clasificación de estas cláusulas en función del margen de valoración que dejen al tribunal en su aplicación, y así se distingue entre: cláusulas “*grises*” o “*lista gris*”, definidas como aquellas que debe ser acreditado o probado su contenido, o más bien los conceptos indeterminados que dejamos señalados, para ser declaradas nulas y por tanto se impone la valoración por el tribunal de esa prueba; y las que se incluyen en lo que llaman cláusulas “*negras*” o “*lista negra*”, definidas como aquellas que son por sí mismas nulas sin necesidad de ninguna ponderación de su contenido por el tribunal, siendo suficiente que la cláusula sea de igual o similar redacción a la que indica la norma.

En cuanto a la “*lista negra*” de cláusulas automáticamente abusivas se distingue por algún autor entre las cláusulas rígidas y las abiertas según admitan alguna posibilidad de valoración judicial. Estas cláusulas estigmatizadas consisten en “*aviesas*” desviaciones de los principios del Código Civil. Clavería entiende que

⁸¹ GARCÍA AMIGO, M., “La Ley alemana occidental sobre “condiciones generales”, en RDP 1978, p. 390.

la lista de cláusulas “*grises*” y “*negras*” suponen un conjunto desordenado, confuso y equívoco, por lo que propone su supresión y la sustitución por una fórmula abstracta de abuso basada, por ejemplo, en los actuales números 1, 3 y 4 del art. 82 TRLGDCU⁸². Tal criterio, a nuestro entender, supone volver a la libre valoración del contrato por el tribunal sin establecer referencias legislativa claras.

En definitiva, lo que marcaría la diferencia entre una lista negra y otra gris de cláusulas abusivas sería el empleo de conceptos relativamente indeterminados en la segunda, en contraposición a supuestos más concretos y precisos contemplados en la primera. Con todo siempre hay que tener en cuenta que la enumeración de cláusulas abusivas que relacionan los artículos 85 a 90 TRLGDCU parten de la premisa que indica la misma normativa de que esas cláusulas son abusivas “*en todo caso*”, que hace referencia a su carácter imperativo.

Desde el punto de vista procesal, se pueden también distinguir las cláusulas que obligan al actor a proponer y practicar prueba sobre los elementos concretos que determinan la condición abusiva en la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (p.ej. art. 85. 1, 2, 3 y 6; art. 86. 1, 2 y 7; art. 87. 6; art. 88.1; y art.89. 4, 5 y 6 TR), y aquellas otras que pueden ser aplicadas por el tribunal directamente, sin necesidad de probar otra cosa que su redacción (p.ej. art. 85. 4, 5, 7, 8, 9, 10 y 11; art. 86. 4, 5, 6 y 7; art. 87. 1, 2, 3, 4 y 5; art. 88. 2 y 3; art. 89. 1, 2 y 3; art. 90. 1, 2 y 3; y art. 91).

Estas clasificaciones no tienen una mayor relevancia pues, desde el momento que su control de legalidad se llevará a cabo dentro del proceso, es obvio que este requiere de la debida contradicción que implica distintas alegaciones de las partes, normalmente, con obligación o carga de probar lo alegado (art. 217 LEC).

⁸² CLAVERÍA GOSÁLBEZ L.H., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*. Ed. Bosch, Barcelona 2008.

Lo decisivo, a nuestro entender, es que existan y se determinen de forma expresa, con rango normativo imperativo, cláusulas contractuales a las que se califica de ilícitas “*en todo caso*”, facilitando a los tribunales criterios claros de obligada observancia a la hora de decidir, al quedar integradas en el principio “*iura novit curia*” que al tribunal corresponde. En cualquier caso, estamos ante el elemento más novedoso de la nueva normativa, pues se acomete la sanción legal de nulidad de cláusulas concretas con una redacción determinada, con lo que se aparta de los criterios de generalidad establecidos en el Código Civil.

5.3. Aplicación de los criterios legales sobre cláusulas abusivas a contratos entre profesionales que tengan condiciones generales

Se aborda en esta sede el problema de cómo determinar si el catálogo de cláusulas abusivas que establece la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, puede aplicarse a una “condición general” incluida en contratos entre profesionales, o por el contrario dicho concepto de abusividad queda restringido a los contratos con consumidores⁸³.

En relación con este tema, el AAP Oviedo (6ª) de 14 de mayo de 2001 (AC 1676) indica que “*mayoritariamente la doctrina, con apoyo igualmente en párrafos de la misma exposición de motivos (fundamentalmente el octavo) sostiene que la voluntad del legislador no es contraria a la posibilidad de aplicar o extender el concepto de cláusula abusiva igualmente a las condiciones generales de la contratación, siempre que suponga un abuso de posición predominante y no fueren “negociadas individualmente (y) que en contra de las exigencias de la buena fe causen en perjuicio del (adherente) un desequilibrio importante de los derechos y*

⁸³ Sobre esta cuestión, vid. obra citada de ALBIEZ DOHRMANN K.J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Thomson-Civitas, Navarra 2009, p. 251 y ss.

obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Este razonamiento es coherente con la Exposición de Motivos de la Ley, según la cual el criterio es de aplicación “incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tenerse en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas”.

Para la resolución expresada, la interpretación más adecuada para la defensa de la igualdad contractual entre las partes, es la que entiende que el legislador si bien no quiso estereotipar un catálogo de cláusulas de “*abuso de posición dominante*” aplicable a contratos entre profesionales (a diferencia de los celebrados con consumidores), “*sin embargo extiende igualmente a los referidos contratos el concepto de abusividad, entendido como “desequilibrio contractual o desigualdad de condiciones entre las partes”, tal y como lo expone la Sentencia del TS de 18-12-95, si bien la interpretación de tal abuso no ha de hacerse conforme al repetido catálogo, sino al amparo de los preceptos generales que el CC y el Ccom. establecen en materia de obligaciones y contratos en general, tal y como lo dispone el art. 8.1 de la Ley, en concreto a los arts. 1.255, 1.258 y 1.275, en relación con el art. 6.3, del CC y a sus concordantes del mismo Código y del Código de Comercio*”.

El criterio jurisprudencial que se acaba de transcribir nos parece correcto desde un punto de vista literal de la norma, pero desde el punto de vista de sus consecuencias resulta un tanto contradictorio y olvida que el ordenamiento jurídico es uno y los criterios legales de nulidad o abusividad de determinadas cláusulas debe llevar a erradicar las mismas del tráfico sin que pueda existir un criterio distinto en función de la normativa aplicable o de los sujetos que intervienen en la relación contractual.

Posteriormente, la jurisprudencia de las Audiencias parece adoptar otro criterio y así la SAP Madrid (19ª) de 29 de marzo de 2006 (AC-954) no comparte el criterio restrictivo (denominado, por la Audiencia, de “*interpretación*”).

reduccionista"), de aplicación sólo a contratos con consumidores; a juicio de la sentencia, la evolución legislativa (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, LCGC y Ley 39/2002*) "*pone de relieve un interés protector que va más allá del limitado del consumidor*", y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación "*aparece como una Ley dirigida a proteger la igualdad de los contratantes y, en particular, los legítimos intereses de todos aquellos que contraten con una persona o entidad que utilice condiciones generales en su actividad*".

6. Cláusulas procesales abusivas según el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre).

Dentro de las cláusulas que los artículos 85 a 91 TRLGDCU enumeran como abusivas en los contratos con consumidores se encuentran las de especial contenido procesal relativas a la inversión de la carga de la prueba (art. 88 nos. 2 y 3), la sumisión a arbitrajes (art. 90.1) y la modificación o sometimiento a fueros distintos de los legalmente establecidos (art. 90.2), las cuales se comentan seguidamente.

Tienen su correspondencia con la letra q)⁸⁴ de las cláusulas abusivas que relaciona la Directiva 93/13/CEE en su Anexo, si bien ésta no la incluye en "garantías" sino en el ejercicio de acciones y recursos judiciales, pues tiene un evidente carácter procesal, al invertir la carga de la prueba en contra del consumidor.

⁸⁴ "q) *Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante*".

6.1. El pacto de inversión de la carga de la prueba

El art. 88.2 TR LGDCU califica como abusiva, como vimos, "*la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante*". El art. 88.3 del mismo texto legal considera igualmente abusiva la imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del empresario proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la normativa específica sobre la materia. Se incluyen dentro de las cláusulas abusivas "*sobre garantías*".

Ambas prohibiciones son consecuencia de lo que dispone el art. 82.4 apartado d) del mismo Cuerpo legal, que con carácter general considera en todo caso abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los arts. 85 a 90 de este texto legal, impongan indebidamente al consumidor y usuario la carga de la prueba.

Lo primero que debemos preguntarnos es si la inversión de la carga de la prueba es algo sobre lo que las partes de un contrato pueden pactar y si tal pacto puede ser admitido por los tribunales. La respuesta, a nuestro entender, debe tener en consideración que derogado el art. 1214 del CC (por la disposición derogatoria única nº 2 - 1º LEC) rige en materia de prueba de las obligaciones, como en la de todo hecho y su certeza, el art. 217 LEC sobre "*carga de la prueba*"⁸⁵. Tal norma es claramente de derecho necesario y de orden público, pues como señala su número 6

⁸⁵ El art. 217 LEC, en sus números 2 y 3, establece los principios esenciales en materia de prueba, al ordenar que corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar los hechos que alega como base de sus pretensiones; y que incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los que sirvan de apoyo a las pretensiones de la parte contraria.

se aplicará “*siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes*”⁸⁶.

Por tanto, las partes no pueden disponer sobre normas de esa naturaleza, lo que ha de llevar a la conclusión de que los tribunales no están vinculados por pactos de las partes que lleven a la inversión de la carga de la prueba. Todo ello sin perjuicio de que los tribunales han de tener en cuenta lo que señala el art. 217.7 LEC que exige “*tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*”.

En consecuencia, en materia de carga de la prueba habrá que estar siempre a las normas procesales comunes, entre las que habrá que incluir los efectos que en casos determinados la ley atribuye a concretos comportamientos o posiciones contractuales, como en los contratos con condiciones generales el principio “*contra proferentem*” que, en los casos de duda o falta de la debida acreditación de un hecho determinado, el tribunal adoptará la decisión más beneficiosa para el adherente⁸⁷. En

⁸⁶ Como recuerda la STS1ª de 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088), apartados 101 y 102, la carga de la prueba o, dicho de otra forma, los efectos negativos de la *falta de la prueba* nada más entra en juego cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tiene lugar en aquellos casos en los que, teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, el tribunal atribuye los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el art. 217 LEC (SSTS1ª 25 de abril de 2012, RAJ-6100; y 15 de noviembre de 2012, RAJ 2013-15). Cuestión radicalmente diferente es la *dosis de prueba*, ya que en nuestro sistema probatorio rige la regla de apreciación libre, salvo algunas excepciones, y un criterio de elasticidad, de modo que no se exige por la ley una determinada cantidad o entidad probatoria, dosis o tasa de prueba, que corresponde determinar a los tribunales que conocen en instancia -primera y apelación- estando vedado su acceso a la casación salvo que se incurra en arbitrariedad o irrazonabilidad con infracción del art. 24 CE.

⁸⁷ Con todo no debe confundirse la inversión de la carga de la prueba con las presunciones iuris tantum, pues las presunciones no suponen inversión de carga de la prueba sino que suponen facilitar la prueba o relevación de probar determinados hechos. Sobre la diferencia entre las presunciones y la inversión de la carga de la prueba vid, DE LA OLIVA SANTOS A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con I. Díez-Picazo Giménez), Madrid, 2000, pp. 375-379; y CORTÉS DOMÍNGUEZ V., “Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba, Revista de Derecho Procesal”, 1972, pp. 599-611.

definitiva, las normas sobre la carga de la prueba están dirigidas al tribunal sentenciador.

Sentado lo anterior, es cierto también que cuando se habla de inversión de la carga de la prueba se la incluye dentro del fenómeno más amplio de la “*modificación de la carga de la prueba*”, dentro del cual se hace referencia, junto con la inversión, a otros conceptos como la “*relevación*” o “*exoneración*” de prueba de alguna de las partes o la mera modificación en sentido estricto.

Como señala De la Oliva (en opinión que compartimos), las normas sobre la carga de la prueba son innegablemente procesales. Se refieren, sin embargo, al contenido del juicio jurisdiccional y están fundadas en criterios racionales de justicia. Se consideran, por tanto, de *ius cogens* y, en consecuencia, no susceptibles de inaplicación por acuerdo de las partes. Cosa distinta es que las partes, en el ámbito jurídico negocial de la autonomía de la voluntad, construyan “*supuestos de hecho*” en que el esquema de hechos constitutivos, de un lado, e impeditivos, extintivos y excluyentes de otro, se vea alterado⁸⁸.

El precepto que comentamos considera abusiva, y, por tanto, nula de pleno derecho (art. 83 TR LGDCU), aquellas cláusulas que impongan al consumidor y usuario, en su perjuicio la carga de probar un hecho que, según las reglas del juicio, debería corresponder probar a la otra parte contratante. Incluye tanto el imponer de forma positiva la carga de la prueba sobre el consumidor, como el exonerar de determinada prueba que corresponde al predisponente.

Además, entre estas cláusulas están las que son abusivas por imponer renunciaciones o limitaciones de los derechos del consumidor y las que excluyen o limitan la responsabilidad del profesional o imponen arbitrajes no permitidos, entre otras, podrían tener como efecto colateral la inversión de la carga de la prueba, lo

⁸⁸ Op. cit., p. 302.

que sería un motivo más para declarar su nulidad. También podría considerarse que la inversión de la carga de la prueba llevaría a la nulidad al establecer un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, con lo que se infringiría el art. 82.1 TR LGDCU.

En resumen, la cláusula tiende a evitar que las partes puedan alterar las normas que defienden la igualdad procesal entre las partes, al tiempo que impide que el profesional abuse de su posición prevalente y se produzca un desequilibrio en la protección del consumidor. Constituye, por tanto, una importante garantía para los consumidores y usuarios que en el ordenamiento se recoja esta prohibición de forma expresa.

La expresión del art. 88.2 TRLGDCU de que sea en “*perjuicio del consumidor y usuario*”, lo exige siempre el art. 82.1 del mismo texto legal. La SAP Madrid, Sección 10, de 18 de octubre de 2001 (AC-2002/308) declara la nulidad de las cláusulas en virtud de las cuales se establece que los documentos constituidos por una entidad bancaria tienen un *valor probatorio privilegiado*: “[...] *estas cláusulas han de considerarse claramente nulas ya que colocan a una de las partes en situación procesal de superioridad respecto de la otra al permitirle preconstituir pruebas con valor probatorio decisivo e incontestable.[....] Desde la óptica de la LGDCU debe igualmente concluirse que dicha cláusula es claramente nula y es que el art. 10.1.c) 8ª de la misma*” (en su redacción anterior a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, hoy art. 82.4 TR LGDCU) “*al excluir como contrario a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario está igualmente sancionando con nulidad cláusulas como la anteriormente precitada*”.

6.2. Los pactos sobre arbitrajes abusivos

De conformidad con el art. 90.1 TRLGDCU es abusiva la cláusula de *sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo*, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico. La norma trata de proteger al consumidor ante la posible exigencia de mayores formalidades o costes para imponer arbitrajes distintos al de consumo, con la excepción indicada. No trata de poner obstáculos al arbitraje sino de evitar que sea gravoso para el consumidor⁸⁹.

En el marco de la UE existe una seria preocupación por el arbitraje de consumo y los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios sobre consumo se han de ajustar en su actuación a los principios que se recogen en la Recomendación de la Comisión de 30 de Marzo de 1.998. En nuestro Derecho la necesidad de establecer “*procedimientos eficaces*” para asegurar la tutela de los consumidores es una exigencia constitucional (art. 51 CE) que se plasmó en el sistema arbitral que previó el art. 31 LGDCU y desarrolló el R.D. 636/1.993 de 3 de Mayo.

Los artículos 57 y 58 TRLGDCU recopilan y mejoran lo dispuesto con anterioridad. En concreto, el art. 57.4 del Texto Refundido LGDCU, siguiendo el criterio establecido por la Ley 44/2006 de 29 de diciembre de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, mantiene la exigencia de que el convenio de arbitraje se pacte una vez surgido el conflicto, al afirmar literalmente que “*No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto. La suscripción de dicho convenio, tendrá para el empresario la consideración de aceptación del arbitraje para la*

⁸⁹ La Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje, que entró en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE (26-12-2003), establece en su art. 9 nº 2 que “*si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a este tipo de contratos*”. En su disposición adicional única indica que la Ley de Arbitraje será de aplicación supletoria al arbitraje de la LGDCU.

*solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos en las normas aplicables”*⁹⁰.

Esta norma concuerda mejor con el art. 90.1 TRLGDCU, que incluye entre las cláusulas abusivas la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo (salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o supuesto específico), y al mismo tiempo reconduce los pactos de sumisión al momento en que el consumidor puede evaluar correctamente el alcance de la decisión que, en la mayor parte de los casos, se ve obligado a adoptar, y que es aquel en el que surge la controversia.

Al final, de lo que se trata es de elevar la protección del usuario frente a fórmulas arbitrales no siempre lícitas, y de garantizar que el consumidor no deba renunciar previamente a los derechos reconocidos legalmente, en concordancia con lo señalado por la exposición de motivos de la Ley 44/2006 en su apartado VII. La sanción de incumplimiento de este mandato es la nulidad de lo pactado (art. 83 TRLGDCU). En el mismo sentido se expresa la SAP Madrid (11ª), de 1 de junio de 2006 (AC-1917).

6.3. Los pactos sobre modificación de fueros legales

El art. 90.2 TRLGDCU considera abusivos los pactos de *sumisión expresa a Juez o Tribunal* distinto del que corresponde al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble. Esta previsión legal concuerda con el art. 82.4 del mismo cuerpo legal, conforme al cual se consideran abusivas las cláusulas que limiten los derechos

⁹⁰ Redacción actual del apartado 4 del art. 57 TRLGDCU efectuada por Ley 3/2014 de 27 de marzo, que modifica el TRLGDCU.

del consumidor y usuario. Estas cláusulas abusivas sobre competencia, en definitiva, tienen por objeto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor a que hace referencia el apartado q) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE⁹¹.

En la misma línea, el art. 54.2 LEC, recogiendo en nuestro derecho positivo la doctrina establecida con respecto a la anterior LEC por nuestro Tribunal Supremo⁹², exceptúa del carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial esta materia e imperativamente establece que no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios. Con lo que se cierra el círculo normativo no ya en una Ley especial sino en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil. La prohibición de pactos de sumisión expresa en los términos del art. 54.2 LEC debe no obstante cohererse con las normas sobre fueros de competencia territorial establecidos en los arts. 50 y 52 nos. 14 y 16 LEC (de los que nos ocuparemos con más detalle más adelante, al tratar las especialidades procesales sobre competencia territorial)⁹³.

⁹¹ A saber, las cláusulas que tengan por objeto o efecto “q) *suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante*” (DO L 95, 21.4.1993).

⁹² Ver, por ejemplo, la que se cita seguidamente en el texto principal STS1ª de 12 de julio de 1996, RAJ-5580.

⁹³ Paradójicamente, como entonces veremos, la prohibición de pactos de sumisión expresa en los contratos en “que se hayan celebrado con consumidores y usuarios”, así prevista en el art. 54.2 LEC, *in fine*, no implica en el propio texto legal la prohibición, en esos mismos casos, de la sumisión tácita. Es decir, que si se interpone la demanda ante un juez diferente del señalado en el fuero legal, el demandado hace otra cosa que no sea la de proponer en forma la declinatoria, ello será suficiente para fundar válidamente la competencia territorial del juez del proceso. La peculiaridad ha sido justificada al considerarse que el interés tuitivo que se reconoce a la norma prohibitiva cuando se pacta con anterioridad al proceso el fuero de sumisión (momento en que se considera posible que la parte más poderosa imponga a la más débil el fuero convencional de competencia), puede no estar presente en

Sobre la validez de los pactos sobre modificación de fueros legales de competencia territorial se ha producido, a lo largo de los años de vigencia de la LGDCU, un significativo cuerpo de doctrina emanada del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales. Así, por ejemplo, la STS1ª de 12 de julio de 1996 (RAJ-5580), reproducida entre otras resoluciones en el AAP Barcelona (16ª), de 30 de diciembre de 2000 (AC-2001/1648), estableció que *“las cláusulas de sumisión expresa contenidas en los contratos de adhesión en favor de los Juzgados correspondientes a la sede del empresario deben ser reputadas nulas y, por ende, ineficaces”*.

Por su lado, la SAP Barcelona (11ª), de 16 de Mayo de 2.001 (AC-235135), ya con la LEC de 2000 en vigor, señaló que *“para declarar abusiva una cláusula de sumisión expresa, es necesario que la misma produzca un desequilibrio para el usuario o consumidor, requisito que no asume la parte demandada, que es la parte prepotente en el contrato de suministro de energía eléctrica, y además fue ella quien redactó el contrato y se sometió a los Juzgados de Barcelona, por lo que ahora no puede ir contra sus propios actos”*.

El Tribunal Supremo, despejando dudas de interpretación, ha sentado, asimismo, que en materia de sumisión el art. 54.2 LEC que sanciona como no válida la sumisión expresa es de preferente aplicación, siendo de imperativa observancia en los contratos de adhesión o que contengan condiciones generales impuestas por una

el momento procesal en que el adherente se somete tácitamente: si es como demandante, es él quien toma la iniciativa para alterar el fuero legal; si es como demandado, al contestar a la demanda no cuenta con la presión que sí había al momento de suscribir una hipotética cláusula de sumisión expresa. En esta línea, vid., entre otros, BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coord. A. de la Oliva) Civitas 2001; pp. 179 a 182. En contra, por considerar que esa interpretación supone un gravamen para el consumidor al obligarle a formular declinatoria, entre otros, ASECIO MELLADO J. Mª, *Proceso Civil Práctico*, T.I. La Ley 2002, págs. 175-208. También, CARBALLO FIDALGO M., “El control de oficio de la nulidad de las cláusulas de sumisión expresa en la contratación con consumidores”, en *Actualidad Civil* nº 22, 2006, pp. 2629-2637.

de las partes o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios (Auto TS1^a de 22 de mayo de 2008, RAJ-4152).

6.4. Los pactos sobre costas

Otro supuesto en el que la libertad contractual de las partes se ve limitada como consecuencia de la necesidad de mantener el equilibrio de las prestaciones y de evitar los abusos entre las partes contratantes (normalmente por parte del predisponente) es el de los pactos sobre costas. Con frecuencia, en los contratos de adhesión (en especial en los contratos de préstamo hipotecario) se pacta, como cláusulas diferenciadas o como condiciones generales de la contratación, que sean de cuenta del prestatario los gastos extrajudiciales y judiciales que se ocasionen a la entidad acreedora derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago.

Los tribunales han venido declarando la nulidad por abusivas de tales cláusulas en base al art. 8 LCGC⁹⁴. La *ratio decidendi* no es otra que la consideración de dicho pacto como contrario al criterio objetivo que, en materia de costas de primera instancia, impone el art. 394 LEC y sustituye la aplicación del mismo que corresponde al tribunal por la voluntad de la propia parte. Además, impide considerar otras circunstancias, como el caso de que el tribunal decida justificadamente no imponer la condena en costas al litigante vencido por existir serias dudas de hecho o de derecho que lo justifiquen, de conformidad con el tenor del propio art. 394.1 LEC en su inciso final. Estas dudas en ningún caso podrían ser prevenidas unilateralmente por la entidad que redacta el contrato de adhesión y al tiempo de redactarlo. Tampoco tiene en cuenta el pacto sobre costas el supuesto de

⁹⁴ Por todas, ver SSAP Burgos (3^a) de 10 de enero de 2007 (AC-843); Madrid (13^a) de 11 de mayo de 2005 (AC-832).

la estimación parcial de las pretensiones del acreedor (art. 394.2 LEC), en que cada parte ha de abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, ni el de que alguna de las partes formule reclamación temeraria, supuesto en que lo procedente sería imponerle la condena en costas conforme al criterio subjetivo (394.2 LEC).

La jurisprudencia entiende igualmente que el pacto sobre costas vulnera el principio de equilibrio de prestaciones entre las partes contratantes y, en definitiva también, que si no es ilícito, carece de fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional, argumento que se relaciona con lo dispuesto en el art. 1168 CC cuando distingue entre los gastos extrajudiciales que ocasione el pago, que son de cuenta del deudor, y los judiciales, cuya decisión sólo incumbe al tribunal. A nuestro entender, sin embargo, tanto uno como otro argumento no tienen en cuenta, tal vez, la que sería la justificación más sencilla para sostener la nulidad de dicho pacto: nos referimos al hecho, ciertamente sabido, de que las normas procesales (y la que regula la condena en costas lo es) son improrrogables, como nos recuerda nada más y nada menos que el art. 1 LEC⁹⁵, de suerte que cualquier pacto entre las partes que afecte a su aplicación carecería de eficacia, como ocurre, en nuestro régimen jurídico general⁹⁶. Este argumento debe considerarse, entendemos, de mayor calado que el que se basa en el supuesto carácter abusivo del pacto: eso es lo que explica que los pactos sobre costas, aun en el supuesto de que nos encontremos fuera del ámbito de las condiciones generales de la contratación, incluso fuera del ámbito de la contratación mercantil, no deberían surtir eficacia procesal alguna, de forma vinculante para el tribunal sentenciador.

⁹⁵ “Artículo 1. Principio de legalidad procesal. *En los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.*”

⁹⁶ “Art. 1255. *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.*”

Distinto al pacto sobre costas del proceso es el pacto habitual en las escrituras de constitución de hipoteca por el cual ésta se extiende o cubre las costas hasta la suma asegurada, que la STS1ª de 16 de diciembre 2009 (RAJ 2010-702) considera que no es abusivo, sino que es conforme con el principio de especialidad o determinación de la hipoteca, en relación con la denominada “*garantía accesorio*”.

7. Derecho de información y sanciones administrativas.

La *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* en su art. 23 contempla una actividad preventiva y previa al control jurisdiccional consistente en la debida información a las partes del contrato sobre la inclusión o no del mismo en el ámbito de esta Ley, al objeto de que la observancia de sus prescripciones sea tomada en consideración por determinados funcionarios que tienen importante intervención en la contratación privada, y exige a los mismos una actitud activa al respecto.

La obligación de información, que exige el art. 23 LCGC, se dirige a Notarios y Registradores en el ámbito de sus respectivas competencias o funciones para que informen sobre la aplicabilidad de la Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención, velarán por el cumplimiento de los requisitos de incorporación a que se refieren los arts. 5 y 7 LCGC y advertirán de la obligatoriedad de la inscripción de las condiciones generales en los casos legalmente establecidos. En todo caso, impone al Notario que haga constar en el contrato el carácter de condición general de las cláusulas que tengan esa naturaleza y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes. En la misma línea, art. 81.2 TR LGDCU también impone a Notarios y Registradores, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, la

obligación de informar a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia.

No obstante esa obligación de información o “*advertencia*” o como mucho de “*constancia*” de que determinadas cláusulas tengan la naturaleza de condiciones generales, no parece que pueda ir más allá de esa actividad preventiva, pues la Ley de condiciones generales no establece que los funcionarios expresados puedan negarse a otorgar o registrar el contrato, en su caso, si las partes, pese a la advertencia o constancia, manifiestan su voluntad de seguir adelante con el contrato o entienden que las cláusulas no tienen la naturaleza de condiciones generales que se les quiere atribuir.

El párrafo primero del art. 24 LCGC, establece un régimen administrativo sancionador específico para la falta de inscripción de condiciones generales de la contratación cuando sea obligatoria la misma y para el caso de que haya prosperado una acción de cesación o retractación y pese a ello se persista en la utilización o recomendación de las condiciones generales afectadas por la resolución judicial. Tal régimen sancionador, que está pendiente de desarrollo reglamentario, se concreta en la posibilidad de imponer en los casos referidos una multa del tanto al duplo de la cuantía de cada contrato por la Administración del Estado, a través del Ministerio de Justicia.

El Reglamento de desarrollo graduará la sanción en función del volumen de contratación, del número de personas afectadas y del tiempo transcurrido desde la utilización de las condiciones generales.

El párrafo segundo del art. 24 LCGC establece que las sanciones derivadas de la infracción de la normativa sobre consumidores y usuarios se regirán por su legislación específica. Esa legislación específica es la que establecen los artículos 49 a 52 TRLGDCU. También entra en este régimen administrativo sancionador la

obligación que establece el art. 81.1 TRLGDCU al decir que: *“las empresas que celebren contratos con los consumidores y usuarios, a solicitud de la Agencia Española de Consumo y Seguridad Alimentaria y Nutrición, de los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, estarán obligadas a remitir las condiciones generales de contratación que integren dichos contratos, en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, al objeto de facilitar el estudio y valoración del posible carácter abusivo de determinadas cláusulas y, en su caso, ejercitar las competencias que en materia de control y sanción les atribuye esta ley”*.

Completa esta normativa el art. 47.4 TRLGDCU al establecer que el incumplimiento de la obligación que impone el art. 81.1. TRLGDCU, podrá ser sancionado por los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios. La Agencia Española de Consumo y Seguridad Alimentaria y Nutrición podrá sancionar igualmente el incumplimiento de esta obligación en aquellos sectores que estén afectados por las competencias exclusivas del Estado. Finalmente el artículo 49.1 TRLGDCU considera infracción en materia de consumidores y usuarios, en su nuevo apartado o), *“la obstrucción o negativa a suministrar las condiciones generales de la contratación que establece el art. 81.1 TRLGDCU”*, a cuya conducta se aplican las sanciones que establece el art. 51 del mismo texto legal⁹⁷.

No obstante esa obligación de remitir las condiciones generales de contratación a solicitud de los organismos y entidades que señala el art. 81.1 TRLGDCU, lo es a los fines que señala la norma *“facilitar el estudio y valoración*

⁹⁷ Los arts. 81.1, 47.4 y el añadido apartado o) del art. del art. 49.1, todos ellos del TRLGDCU, fueron modificados por la Ley 3/2014 de 27 de marzo.

del posible carácter abusivo de determinadas cláusulas y, en su caso, ejercitar las competencias que en materia de control y sanción les atribuye esta ley”, es decir, que de considerar el carácter abusivo de una cláusula determinada habrán de acudir a los tribunales para que determinen la existencia de ese carácter abusivo (control de legalidad que la LCGC solo atribuye a la jurisdicción) y solo después de que se determine la condición de abusiva de una cláusula concreta es cuando se podrá, en su caso, ejercitar las competencias en materia de sanciones en vía administrativa que confiere el TRLGDCU.

8. El control jurisdiccional: tutela privilegiada o especialidades procesales.

A la hora de dar una respuesta jurídica al fenómeno de la contratación adhesiva o en masa, el impulso desde la Unión Europea ha sido decisivo, dada la escasa aplicación en la práctica judicial de la defectuosa regulación del art. 10 LGDCU en la materia, en la redacción de la Ley 26/1984. La regulación de un cauce especial para la tutela de las condiciones generales de la contratación obedece al deseo de profundizar en la proclamada protección del consumidor.

La necesidad de una ley como la de condiciones generales de la contratación era más sentida en el campo procesal, dadas las deficiencias detectadas por la doctrina y la jurisprudencia para acceder a la tutela colectiva. Con todo, ha durado poco como norma especial en ley especial, ya que dos años después de la LCGC se ha promulgado la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000 de 7 de Enero) y con ella se cambia el criterio al integrar algunas especialidades procesales que recogía la Ley 7/98, manteniendo la especialidad aunque en el cuerpo procesal común.

Si bien no se estableció un proceso especial, la Ley de Enjuiciamiento Civil introdujo y recogió en el año 2000 muchas de las especialidades que figuraban en las leyes especiales y las califica precisamente de *especialidades* y no de privilegios procesales. Con todo, a nuestro juicio, el establecimiento de un proceso especial que recogiera todas las especialidades dispersas hubiera sido una opción conveniente que contribuiría a una mejor ordenación y mayor claridad en este tipo de procesos. La exposición de motivos de la LEC (apartado VII) al referirse a la tutela de los intereses colectivos de los consumidores, indica que como cauce de esa tutela "*no se considera necesario un proceso o procedimiento especial y sí, en cambio una serie de normas especiales, en los lugares oportunos*".

En el marco de la tutela colectiva, las especialidades procedimentales en materia de condiciones generales afectan básicamente al objeto del proceso, a la legitimación, a la competencia territorial, a la clase de juicio, a la intervención, a la acumulación de acciones y procesos y a los efectos de la sentencia que se dicte, como se tratará en forma detallada más adelante. También han existido críticas a este sistema. Por ejemplo, respecto a la tutela especial que comentamos, Fernández-Ballesteros⁹⁸ ha resaltado los desajustes procesales que en la nueva LEC se aprecian en lo que denomina "*proceso de consumidores y usuarios*". Según este autor, este proceso, especial donde los haya, no figuraba en el Anteproyecto de Ley de diciembre de 1.997 e introduce en nuestro Derecho y en el sistema de la LEC un mecanismo extraño, muy parecido a las americanas *class actions* (acciones de Grupo)⁹⁹, que pugna con un buen número de instituciones.

⁹⁸ Ley de Enjuiciamiento Civil. *Otrosi* (Suplemento Abril de 2000), Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, p. 9.

⁹⁹ MORENO TRUJILLO E., (*La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*", J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona 1991, p. 288), señala EEUU como el origen de las *class actions* y las define "como la acción ejercitada por el demandante no encaminada únicamente a garantizar su propio interés, sino igualmente el de los que se encuentran en la misma situación", responden más a la protección de los intereses difusos que a la de los colectivos. El número de sujetos miembros de la clase

Forman este “*verdadero proceso especial*” los artículos de la LEC siguientes: el art. 6 n° 7°, que concede personalidad jurídica a grupos de personas; el art. 11 que les concede legitimación; el art. 15 que permite la intervención de otros perjudicados; el art. 54.2 que prohíbe la sumisión expresa en estos procesos; el art. 78.4 que deroga para estos procesos las normas generales de la acumulación de autos; el art. 221 que da normas especiales sobre cómo puede ser la sentencia; el art. 256 n° 6° que prevé una diligencia preliminar específica; y el art. 519 que deroga para este caso normas generales de ejecución forzosa. Todas las especialidades señaladas son aplicables a todo adherente, sea o no consumidor, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la LCGC, por disponerlo así la disposición adicional cuarta de la LCGC, añadida por la disposición final sexta n° 2 LEC. Termina este autor diciendo que no será fácil entreverar en el sistema de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil un proceso especial que contradiga de modo más frontal los preceptos en que se asienta.

A nuestro entender, sin perjuicio de pronunciarnos más adelante sobre la conveniencia o no de establecer un proceso especial en esta materia, estamos ante verdaderas especialidades procesales en los litigios sobre condiciones generales de la contratación, tanto se ejerciten acciones colectivas como acciones individuales, como se indicará al tratar cada una de las especialidades. Además, siempre se debe destacar que uno de los primeros principios de todo proceso es el de igualdad de las partes con lo que hablar de privilegios siempre tiene una connotación peyorativa que podría dar a entender que la igualdad en el proceso está en cuestión.

pueden ser indeterminados o no estar identificados y las acciones que componga la *class actions* pueden no nacer de un mismo título o causa de pedir.

CAPÍTULO CUARTO

EL OBJETO DEL PROCESO EN LOS LITIGIOS SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

1. Las acciones de la ley de condiciones generales de la contratación

1.1. Introducción

La Ley 7/1998 establece varias acciones civiles ordenadas al control de la legalidad de las condiciones generales de la contratación y a la tutela de los derechos subjetivos en las controversias que nacen de su aplicación. Se opta de este modo, en el Derecho español, por un sistema basado en el control jurisdiccional (y no por su alternativa, como se ha visto, que es el control administrativo) de las condiciones generales, en el que son identificables acciones individuales y colectivas, cuyo ejercicio se encomienda a sujetos jurídicos o a entidades a las que la ley reconoce legitimación activa, en coherencia con el sistema de justicia rogada que por regla general corresponde a nuestro proceso civil (art. 216 LEC).

La protección de los intereses del consumidor por medio de las acciones colectivas implica un giro radical en la concepción tradicional de la tutela jurisdiccional de los derechos de carácter privado, no fácilmente comparables con las categorías que han elaborado los autores sobre conceptos esenciales como el de acción o el de legitimación. La idea de la que se parte es que el individuo aislado tiene menos posibilidades de éxito en la defensa de sus derechos. Como atinadamente se ha señalado, el legislador ha partido en esta materia de una premisa, que, a estas alturas, resulta insoslayable: si la tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios quedara limitada a la que cada uno de éstos pueda individual y separadamente instar, sería, desde una perspectiva general, ineficaz. “Y ello por una razón muy obvia: al consumidor o usuario, individualmente

considerado, no le compensa en la inmensa mayoría de los casos incoar un proceso civil en defensa de sus derechos”¹⁰⁰.

La ley atribuye un contenido diferenciado a cada acción en virtud del tipo de controversia de que se trate, estableciendo de este modo los límites de congruencia del tribunal. Igualmente, contiene reglas específicas de legitimación activa, que se justifican por la propia naturaleza de las condiciones generales de la contratación y, también, por las características de las acciones previstas en la propia ley.

La primera nota visible del sistema es la convivencia de dos grandes bloques de tutelas: junto con la tradicional tutela individual de los derechos (*rectius*, tutela de los derechos individuales), la Ley 7/1998 introdujo (en coherencia con las modernas líneas del Derecho europeo) acciones colectivas. Este sistema de tutela jurisdiccional plantea peculiaridades dignas de análisis, desde un punto de vista procesal. Tanto de ellas como de las demás acciones previstas en la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* nos ocupamos en el presente capítulo.

Señalar con todo que para el ejercicio de las acciones colectivas, el art. 20 LGDCU ya atribuía a las asociaciones de consumidores y usuarios legitimación activa para ejercitar tres tipos de pretensiones de tutela: en defensa de sus asociados, en defensa de la propia asociación y en defensa de los intereses generales de los

¹⁰⁰ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, con de la Oliva Santos, cit., p. 595. La STS1ª de fecha 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088), apartado 61, también destaca esa idea al decir: “*que la asimetría de las posiciones extraprocesales de profesionales y empresarios, por un lado, y consumidores, por otro, se proyecta en el proceso y desincentiva al consumidor la asunción de la defensa judicial de los propios intereses, con los costes de toda índole que conlleva un litigio y, de forma correlativa, potencian comportamientos irregulares de algunos empresarios y profesionales, al amparo de su impunidad estadística*”.

consumidores y usuarios. Sólo esta última era realmente novedosa pues las otras no requerían de una norma expresa.¹⁰¹

1.2. La utilización del término acción: justificación y breve recordatorio

Conforme a nuestra tradición jurídico privada, la Ley 7/1998 sigue utilizando la expresión acción para referirse a las concretas tutelas jurisdiccionales que se pueden solicitar de los tribunales de justicia, con el objeto de resolver las controversias que nazcan del ejercicio de los derechos y obligaciones que en dicha ley se regulan.

Al entrar en el análisis de las acciones que regula la Ley 7/1998, surge de inmediato la vieja cuestión sobre el objeto del proceso, de gran complejidad y sobre el que han discutido los autores con profusión. No cabe duda que la polémica se ha sustentado normalmente en la ausencia de precisión terminológica en las leyes, dado que los viejos códigos (en especial el CC y la LEC de 1881) fueron redactados en un momento histórico en el que todavía no se contaba con una suficiente elaboración doctrinal sobre la materia y la existente no había sido aún recibida en los nuevos cuerpos legales. La consecuencia no fue otra que la falta de precisión conceptual cuando no con evidente confusión de términos, con la deriva que ello supone desde el punto de vista de la sistematización conceptual.

¹⁰¹ La Memoria justificativa del Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en su día remitido por el Gobierno a las Cortes, afirmaba con cierto énfasis que “*el objetivo específico de toda Ley de condiciones generales es la regulación de las acciones colectivas*”, aunque en verdad nuestra Ley ha incluido el sistema del control judicial de las condiciones generales porque se trata de un mandato comunitario que encuentra su base normativa en el art. 7 de la Directiva 93/13/CEE. El vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, regula la acción de cesación en los arts. 53 y siguientes.

El legislador al considerar el tema en el momento de redactar la nueva ley procesal del año 2000 deliberadamente desistió del intento de clarificar la cuestión, consciente de la ausencia de consenso en la doctrina y en los operadores jurídicos, con ánimo de regular el proceso de una forma ajena a dogmatismos y en la que se sintieran reflejadas todas las teorías existentes sobre la relación entre la jurisdicción y las situaciones de controversia jurídica en la esfera privada. Así nos lo aclara su Exposición de motivos, en la que se reconoce que *“la Ley procura utilizar un lenguaje que, ajustándose a las exigencias ineludibles de la técnica jurídica, resulte más asequible para cualquier ciudadano, con eliminación de expresiones hoy obsoletas o difíciles de comprender y más ligadas a antiguos usos forenses”*.

No se quiso, en este punto, legislar desde una posición doctrinal, por sólidos que fueran sus argumentos, optándose por mantener una diversidad terminológica pacíficamente aceptada y asumida en el foro: *“[...] por ello, no se considera inconveniente, sino todo lo contrario, mantener diversidades expresivas para las mismas realidades, cuando tal fenómeno ha sido acogido tanto en el lenguaje común como en el jurídico. Así, por ejemplo, se siguen utilizando los términos “juicio” y “proceso” como sinónimos y se emplea en unos casos los vocablos “pretensión” o “pretensiones” y, en otros, el de “acción” o “acciones” como aparecían en la Ley de 1.881 y en la jurisprudencia y doctrina posteriores durante más de un siglo, sin que por ello originara problema alguno”*¹⁰².

Reconociendo esta realidad, no debe deducirse que no sea útil el debate doctrinal sobre a qué se refiere la ley cuando nos habla de acciones, en el ámbito de la tutela de las condiciones generales de la contratación. El debate tradicional se ha centrado en la dicotomía entre las tesis partidarias de la existencia de derechos a obtener tutelas jurisdiccionales con determinados pronunciamientos por parte de los tribunales, de darse ciertos presupuestos materiales (acción en sentido concreto) o

¹⁰² LEC, Exposición de Motivos apartado IV, penúltimo párrafo.

en la negación de tal derecho, y justifican la relación que existe entre quien acude a la jurisdicción civil en demanda de su derecho y el Estado-juez, al amparo de un simple derecho a desencadenar la actividad jurisdiccional y a obtener por parte del Estado una respuesta en Derecho (acción en sentido abstracto). El debate doctrinal va más allá, desde quienes defienden la inexistencia de acciones como derechos diferenciados de los derechos subjetivos privados, y consideran que lo que se ejercen ante los tribunales son estos segundos (los derechos subjetivos en acción), que deberíamos radicar entre las denominadas teorías monistas sobre la acción, o quienes sostienen, de forma más creativa, que el concepto relevante no es el de acción, sino el de pretensión procesal.

No es objeto de este trabajo un estudio en profundidad sobre esta cuestión. Lo cual no quiere decir que, en el seno de un trabajo sobre los aspectos procesales de la tutela jurídica de las condiciones generales de la contratación, no sea de interés apuntar en qué medida este debate es válido y, en su caso, que singularidades plantea en el mismo la peculiaridad misma de las tutelas que reconoce la Ley 7/1998. Esta y no otra es la finalidad de esta parte de nuestro trabajo y ello no es baladí, si se considera que toda discusión acerca de las acciones es también una discusión sobre el objeto del proceso.

En otras palabras, tratar de hallar las claves conceptuales de las acciones en la legislación propia de las condiciones generales de la contratación es tanto como contribuir al mejor conocimiento del objeto de los procesos que se encomiendan a su tutela, pues, como es aceptado (esta vez sí, pacíficamente), el objeto del proceso civil (*rectius*, el objeto de cada proceso civil) viene delimitado por la concreta tutela jurisdiccional que el actor afirma en su demanda.

El punto de partida de nuestro análisis es la posición del principal partidario de la acción en sentido concreto, dentro de los autores españoles. Andrés de la

Oliva¹⁰³, voz autorizada en la materia, concibe la acción civil como un derecho subjetivo público a una tutela jurisdiccional concreta: un derecho frente al Estado que, a través de sus órganos jurisdiccionales, debe realizar la prestación (tutela concreta) con la que ese derecho (acción) se satisface. Tal derecho concreto se distingue del derecho subjetivo abstracto que tienen los sujetos jurídicos de acceder a la Jurisdicción (derecho de acceso a los tribunales), y del derecho subjetivo público a obtener un pronunciamiento sobre el fondo del asunto (derecho al proceso). Este derecho subjetivo público a obtener una concreta tutela jurisdiccional es a lo que se denomina propiamente, con terminología de raigambre romana y ya secular en la ciencia procesal moderna, acción o acciones.

El derecho en que consiste la acción es, en su existencia, anterior e independiente de todo proceso, aunque sólo en vía procesal, constituyéndose en parte actora o demandante, pueda ejercitarse o satisfacerse. La acción no es, por ello, un derecho procesal; sin embargo, se estudia en sede de Derecho procesal, pues existe el hecho cierto de que si se puede pensar, simplemente, en la acción es porque existe la Jurisdicción como función pública ejercida y asumida por el Estado en régimen de monopolio. Es ante la Administración de Justicia donde la acción civil alcanza su cauce ordinario de satisfacción, de ahí que hayan sido los procesalistas quienes la hayan estudiado en mayor profundidad, aunque su análisis completo vaya más allá del ámbito jurídico procesal, e intervengan otros sectores del Derecho.

La Ley 7/1998 se anticipó a lo que dos años después haría la LEC toda vez que, respetuosa con nuestra tradición jurídica, incorporó nociones muy novedosas que fueron y son aún hoy foco de atención para los teóricos del proceso. Sobre el

¹⁰³ De entre las numerosas obras en que se defiende esta tesis, citamos: DE LA OLIVA SANTOS A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., con Díez-Picazo, p. 44. *Derecho Procesal. Introducción*, 3ª ed. Revisado y actualizado a 30 de septiembre de 2004 (con Díez-Picazo, I. y Vegas Torres, J.), Madrid 2004. *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 2ª ed. (con Díez-Picazo, I. y Vegas Torres, J.). Madrid 2002. También en *Objeto del Proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, monografías Thomson-Civitas, primera edición 2005, pp. 28 y ss.

particular, la LEC huyendo de doctrinarismos incorporó en su articulado instrumentos para la tutela de derechos subjetivos individuales con otros orientados a la tutela y satisfacción de esos nuevos derechos, los derechos colectivos, entre los que se encuentran, desde luego, muchos de los que se regulan en el seno de la norma objeto de estudio.

1.3. Los diversos sentidos del término acción

Como ya señaló Prieto-Castro¹⁰⁴ con respecto a la LEC de 1881, el concepto de acción aparecía, como mínimo, con tres acepciones distintas: 1) Como petición o solicitud de justicia (arts. 414, 497, 1008, 1098, 1218, LEC; y 1.111, 43 y 141 del Código Civil, entre otros); 2) Como objeto del proceso (arts. 9º, 53, 56, 62, 63, 419, 524, LEC; y 43, 141, 1111, 1798 y 1799 del Código Civil, entre otros); 3) Como mera petición de un acto procesal (p.ej. art. 477 LEC).

Al lado del concepto de acción, la LEC de 1881 aludía, en otros muchos artículos, al de “*pretensión*”, como sinónimo de objeto del proceso (arts. 7º, 12, 334, 359, 372, entre otros) coincidiendo así con una de las acepciones que empleaba para la acción; como equivalente a pedimento, petitum o súplica de una demanda o solicitud (arts. 720, 730, 1675, entre otros); o como petición de otorgamiento de justicia o acción en su sentido propio y específico (art. 1159).

Más frecuentemente, pretensión significa toda petición de una actuación procesal dirigida al órgano jurisdiccional (arts. 172, 179, 182, 314, 334, 359, entre otros)¹⁰⁵. Junto a “*acción*” y “*pretensión*” aparecen utilizadas esporádicamente las

¹⁰⁴ PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ L., *Derecho Procesal Civil*, v. I, edit. RDP, Madrid 1968.

¹⁰⁵ GUASP, define la pretensión procesal como una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta

expresiones “*reclamación*” y “*objeto del proceso*” (arts. 161-2º, 359, 1604 y 1608 LEC; y 144 y sgtes., 1798 y 1799 del CC). Por su parte el Código Civil y el de Comercio dan casi siempre a la acción la acepción de objeto del proceso o procedimiento (arts. 1930 y 1961 del CC y 942 del C. de Comercio).

En el lenguaje jurídico procesal común se ha manejado con relativa frecuencia los términos pretensión y acción como si designasen realidades idénticas, aunque los autores han demostrado que no es así. La Exposición de Motivos de la LEC se hace eco de ello al decir que en el Derecho positivo español no se empleaba con un sentido inequívoco ni uniforme el concepto de “*acción*” y, además, junto a él se utilizaba el de “*pretensión*”. Para Guasp, por ejemplo, las acciones no existen, en cuanto que derechos subjetivos integrados en el estatuto de soberanía de los individuos, y, por ello, da primacía a la noción de pretensión, como concepto esencial del Derecho procesal.¹⁰⁶

Entre nuestros autores, aunque no podemos hablar hoy de posturas unánimes, ha crecido en los últimos decenios la tesis favorable a la acción civil en sentido concreto, principalmente a partir de los trabajos de A. de la Oliva Santos¹⁰⁷. Esta línea doctrinal, que entronca con las elaboraciones de la doctrina alemana de finales del siglo XIX y *grosso modo* con las tesis de autores de referencia como, por ejemplo, Calamandrei o, entre nosotros, Carreras y Gómez Orbaneja, se integra dentro del grupo de las denominadas tesis dualistas sobre la acción (aquellas que consideran que las acciones son derechos diferenciados de los derechos subjetivos

del autor de la declaración (GUASP DELGADO J. *Derecho Procesal Civil*, T.I, cuarta edición revisada y adaptada por Aragonese P., p. 206, Civitas, Madrid 1998).

¹⁰⁶ GUASP DELGADO J., *Derecho Procesal Civil*, T.I, cuarta edición revisada y adaptada por Aragonese P., p. 201 y ss, Civitas, Madrid 1998.

¹⁰⁷ DE LA OLIVA SANTOS A., *Derecho procesal Civil. El proceso de declaración* (con Díez-Picazo Giménez I.) edt. CERA, Madrid 2000, p. 44 y ss.; y *Objeto del Proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, cit., pp. 28 y 29. También en su obra *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1980.

privados subyacentes, y no una simple versión de estos segundos “puestos en acción ante la administración de justicia”), tiene, entre otros, el aporte singular de hacer compatibles las nociones de acción y de pretensión. En cierta medida, pues, se supera la tesis de Guasp (que negaba la virtualidad de aquellas en beneficio de las segundas). Para Oliva Santos, la acción es el derecho subjetivo con un concreto contenido que nace de la controversia jurídico privada y cuya satisfacción corresponde al Estado juez, y la pretensión es el acto de afirmación de ese derecho en el proceso. La acción es, por tanto, un *prius* jurídico, que sin la pretensión no puede obtener satisfacción por su sujeto pasivo (el Estado a quien corresponde declarar, condenar o constituir derechos o estados jurídicos nuevos). A través de la pretensión, afirmamos ante el juez ese derecho, individualizamos una concreta tutela jurisdiccional, con el envoltorio jurídico que la legislación procesal le otorga (la demanda). Se pretende una tutela jurisdiccional concreta porque se afirma que se tiene derecho a esa concreta tutela jurisdiccional, cuyos fundamentos o presupuestos han de alegarse desde el principio, aunque sea sucintamente.

La noción de acción es relevante a la hora de determinar el objeto del proceso civil: la pretensión, delimita las acciones afirmadas, es decir, las tutelas concretas que se solicitan al juez, y con ello, los términos del debate procesal, los límites de congruencia de la sentencia, las fronteras de las partes a la hora de formular alegaciones o de aportar los hechos que sirven de fundamento a lo solicitado¹⁰⁸.

1.4. Acción y derecho subjetivo: distintas teorías

Como decimos, en la materia del objeto del proceso, parecen abandonadas las teorías monistas que o bien identificaban la acción con el derecho subjetivo material

¹⁰⁸ DE LA OLIVA SANTOS A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ I., *Derecho procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., p. 44.

que sirve a la acción misma de fundamento (teoría de la individualización), o bien ponían el énfasis en el elemento fáctico, es decir, los hechos alegados (teoría de la sustanciación). El objeto actual del proceso lo determina la pretensión o pretensiones del actor y su fundamento o lo que suplica el actor en la demanda frente al demandado; por tanto, los sujetos, lo que se pide y la causa de pedir, así desde el punto de vista de los hechos alegados como desde el punto de vista del fundamento o fundamentos jurídicos efectivamente aducidos. La identificación del objeto actual del proceso sirve, entre otros, para determinar la jurisdicción, la competencia y el procedimiento adecuado, la acumulabilidad de las acciones, el carácter necesario o voluntario de la representación procesal y defensa y el régimen de recursos contra la sentencia¹⁰⁹.

Nuestro proceso civil parece optar por la tesis dualista, que distingue entre la acción y el derecho material. De acuerdo con ella, no existe identidad entre la acción y el derecho subjetivo privado subyacente. Ambos son derechos subjetivos (pues su titularidad corresponde a sujetos jurídicos), pero no coinciden ni en cuanto a su contenido, ni en cuanto al momento de su nacimiento, ni en cuanto a su sujeto pasivo. Si el derecho subyacente nace de un hecho o negocio jurídico que es fuente de obligaciones y derechos (dependiente o no de la voluntad humana), la acción que se vincula a ese derecho nace en un momento posterior, cuando se produce una situación de controversia que justifica la entrada en juego de la jurisdicción. Si en el derecho subjetivo privado su contenido suele exigir un determinado comportamiento de otro sujeto (el obligado al cumplimiento del contrato, el responsable, en caso de culpa extracontractual), el contenido de la acción no se identifica con éste, pues, en su sentido concreto, la acción reconoce a su titular obtener de la jurisdicción un pronunciamiento con un contenido diferente (por ejemplo, en caso de incumplimiento de la obligación de pago nace la acción de pago, es decir el derecho a obtener de la jurisdicción una condena al pago: el juez no es quien debe pagar). Si

¹⁰⁹ En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS A., *Objeto del Proceso y [...]*, cit., p. 77.

en el caso del derecho subjetivo la satisfacción depende de un dar, hacer o no hacer (en los términos del art. 1088 del CC) de un particular, en el caso de la acción quien debe satisfacer es un órgano público: el tribunal de justicia que conoce del asunto; de ahí que en un caso hablemos de derecho subjetivo privado, y en el otro de derecho subjetivo público.

Ni siquiera es acertada la consideración de la acción como un mero correlato del derecho subyacente, como defendía Gómez Orbaneja. La acción no siempre se corresponde con un derecho subjetivo privado (no se tiene derecho subjetivo privado a separarse o divorciarse o a la incapacidad, sino, producido el hecho relevante, se tiene directamente acción -es decir, derecho subjetivo público- de divorcio o de separación, etc.)¹¹⁰. Al mismo tiempo, hay derechos subjetivos privados a los que no está ligada acción alguna o que puede enervarse sin pérdida del derecho (obligaciones naturales, o la prescripción extintiva respecto de créditos que enerva la acción pero el derecho de crédito subsiste, por lo que si se paga no da lugar a la repetición como indebido). Por último, aún en los casos numerosos en que la acción civil guarda relación con un derecho subjetivo privado, no son idénticos el contenido de uno y otro, ni el sujeto pasivo, ni los efectos del derecho subjetivo y los de la acción, a la vez que un derecho subjetivo privado puede servir de fundamento a varias acciones.

Ahora bien, como señala Ortells Ramos¹¹¹, no pueden compartirse las concepciones abstractas del derecho de acción que llevan la abstracción hasta el punto de mantener que este derecho puede entenderse con independencia no sólo de la existencia efectiva de aquellas situaciones vinculadas al derecho subjetivo, sino también de la mera afirmación o invocación de tales derechos. La invocación de una situación concreta, jurídicamente relevante y apta para ser objeto de actividad

¹¹⁰ DE LA OLIVA SANTOS A., *Derecho Procesal. Introducción*, con Díez-Picazo I. y Vegas Torres J., CERA, Madrid 1999, p. 84.

¹¹¹ MONTERO AROCA J., ORTELLS RAMOS M., y otros autores, *Derecho Jurisdiccional, T. I, Parte General*. Tirant lo Blanch libros, Valencia 1998, p. 250.

jurisdiccional, es esencial al concepto de acción incluso como simple derecho a la actividad jurisdiccional.

Lo anterior, adquiere una singular relevancia en las acciones que regula la Ley 7/1998. En muchos casos de los que regula esa norma legal los que ejercitan la acción en juicio son entidades que poco o nada tienen que ver con la titularidad concreta del derecho material que resulta dañado. Se convierte así la acción en un derecho independiente dirigido a obtener un resultado procesal estricto, es decir, una sentencia con un pronunciamiento determinado en los términos que señala la propia Ley de Condiciones Generales de la Contratación (art.12).

1.5. Empleo del término acción en las leyes especiales

Las Leyes modernas utilizan con normalidad el término “acción”: la Ley de condiciones generales de la contratación, la Ley de publicidad, la de competencia desleal, propiedad industrial (hoy Ley de patentes y Ley de marcas), propiedad intelectual y otras, tipifican acciones y determinan su objeto, es decir, su concreto contenido, la concreta tutela que se pide, con una definición precisa del objetivo a conseguir. Con ello, el objeto del proceso (o más bien los fines que persigue el ejercicio de la acción en esos casos) viene definido por la norma legal y en base a tal definición se determina la jurisdicción, la competencia y el procedimiento adecuado y las demás circunstancias procesales que han de concurrir.

Que estas leyes hayan recurrido con toda naturalidad al término “acción”, llama la atención a la doctrina, aún reconociendo que, sin duda, la concreta redacción de esas leyes no ha sido precedida de un debate y una opción consciente sobre el concepto de acción¹¹². Pero ha sucedido algo revelador, a saber: que

¹¹² DE LA OLIVA SANTOS A., *Derecho Procesal. Introducción*, cit., p. 95.

definido o supuesto el derecho subjetivo privado o la actividad lícita e ilícita objeto principal de la ley, se ha seguido echando mano del término y concepto “acción” a la hora de establecer los concretos tipos de tutelas jurisdiccionales correspondientes a la necesaria observancia del derecho objetivo y a la defensa de los derechos e intereses legítimos de que se trata en las aludidas leyes.

Por ello, a efectos de seguir con una terminología uniforme y dado el criterio que señala la Exposición de Motivos de la LEC, continuaremos manejando la denominación de “acciones” que señala la Ley 7/98 a la hora de estudiar las que se regulan en dicha Ley, al estar claro en sus preceptos el objeto del proceso que facultan a poner en marcha y lo que se pretende con esa tutela judicial, encaminada a que en las relaciones jurídicas, que se desenvuelven en su ámbito, no se den las condiciones generales abusivas o nulas o si se dieran establecer cauces para erradicarlas.

1.6. Finalidad de las acciones de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación

Las acciones reguladas en la Ley 7/1998 tienen como denominador común el objetivo de proteger la igualdad y evitar el desequilibrio de las prestaciones. La Ley de condiciones generales de la contratación, tanto desde la órbita material como desde la procesal, se orienta a la protección de la igualdad de los contratantes a través del equilibrio de las obligaciones y derechos de las partes. Igualdad que se convierte así, según el Preámbulo de su Exposición de motivos, en “*presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica*”.

Para ello se utilizan dos clases de tutelas: individuales y colectivas, según se dirijan a dar satisfacción a los derechos particulares de cada sujeto afectado

(normalmente, del adherente) o a derechos e intereses que trascienden del mero interés individual de cada uno de los afectados o integrantes de un grupo. La protección *individual* del consumidor se reconocía ya, antes de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, tanto en la esfera jurisdiccional como en la arbitral. El reconocimiento de la legitimación de las asociaciones de consumidores fue uno de los grandes logros de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, desde la entrada en vigor de la anterior Ley 26/1984 (art.20), hecho que se repetiría en el art. 7.3 LOPJ. Ambos artículos venían siendo alegados doctrinalmente para amparar su legitimación activa. No existía, sin embargo, un cauce específico y apropiado para la protección del consumidor en los casos de contratación en masa o en serie, a través del cual cuestionar o suscitar la no inclusión de alguna de las condiciones generales estipuladas.

La pieza principal del procedimiento o control judicial de las condiciones generales estriba en la regulación legal de las acciones colectivas que define el art. 12 LCGC¹¹³. La peculiaridad del sistema radica en que se legitima a una serie de entidades (que no tienen la consideración de *adherentes*, y que, por tanto, no son parte del contrato) para entablar ciertas acciones a fin de depurar el tráfico jurídico de condiciones generales reputadas abusivas y nulas. Precisamente la finalidad del control judicial reside en la eliminación de la perturbación que para el tráfico puede suponer la utilización o recomendación de tales condiciones generales, es decir, se intenta detener el proceso de predisposición de este tipo de condiciones generales contrarias a Derecho¹¹⁴. Se dice que es un control “*abstracto*”, en cuanto no está vinculado a un contrato concreto, incluso puede ser general y previo al contrato.

¹¹³ En la misma dirección vid, PAGADOR LÓPEZ J., *La Directiva Comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid 1.998.

¹¹⁴ Vid., en este sentido, PARTELLANO DÍEZ P., “Comentario al art. 12”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, cit., dir. A. Menéndez y L. Díez-Picazo, pp. 567 y ss.

La aparición de la Ley 7/1998 supone, desde el *punto de vista procesal*, la creación de un nuevo cauce de *tutela específica, extraordinaria*, que da legitimación a entes colectivos e incluso a quienes, más allá del interés colectivo que pueden defender las asociaciones de profesionales, de empresarios o de consumidores y usuarios, abogan por la protección del interés público o general, que se entiende presente desde el momento en que al Estado le interesa el control del orden socioeconómico, y en ese orden se halla la contratación que afecta a consumidores comunes¹¹⁵.

Los procesos que derivan del ejercicio de las acciones colectivas no se ajustan al esquema tradicional de los procesos civiles en los que el titular del derecho subjetivo privado ejercita su acción frente a un concreto sujeto obligado, ya que su fin principal es servir a la defensa del interés general y público, al objeto de depurar las condiciones generales ilícitas en el ámbito de la contratación en masa, ejercer una función de control abstracto y de protección de los consumidores y del tráfico jurídico en general. Lo cual afecta a diferentes aspectos del proceso, desde la legitimación activa, pasando por la personación y las alegaciones, hasta la eficacia de la sentencia y la ejecución forzosa.

La ampliación de la legitimación en el ejercicio de las acciones colectivas llevada a cabo por la Ley de condiciones generales, junto con la configuración procesal de una serie de actuaciones específicamente reguladas en la misma ley (hoy incluidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil), convierte este cauce en una peculiar tutela procesal, o en una tutela que precisa tener en cuenta sus especialidades, que

¹¹⁵ A. MENÉNDEZ, en la introducción a la obra *Comentarios a la Ley* [...], cit., que dirige con L. Díez-Picazo, Civitas 2002, dice que de alguna manera la Ley de Condiciones Generales de la Contratación sólo sirve para albergar normas sobre acciones (acciones colectivas de cesación y retractación más una acción declarativa insignificante); normas sobre el Registro de condiciones generales de la contratación y una modificación de la Ley Hipotecaria que no debe tener su sitio en una Ley de condiciones generales, p. 55.

ha sido consolidada y en algunos casos mejor desarrollada técnicamente en dicha Ley procesal.

2. Concepto y caracteres de las acciones individuales y colectivas.

2.1. Aproximación

La Ley 7/1998 regula, como decimos, dos clases distintas de acciones: las colectivas y las individuales. Las primeras se dirigen a suprimir del mercado las cláusulas abusivas respecto a una pluralidad de contratos; las segundas, por su parte, tienen por objeto el examen de un contrato concreto en que alguna o todas las condiciones generales que lo integran pueden ser inválidas o no reunir los requisitos necesarios para ser integradas en el contrato y por tanto exigible su contenido.

Las *acciones individuales* de la Ley 7/1998 son aquéllas que cualquier particular, persona física o jurídica, que tenga la condición de *adherente* a un contrato que contenga condiciones generales, ejercite frente al *predisponente* de las mismas para obtener, con base en la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, la declaración de nulidad o de no incorporación de las condiciones generales al contrato que a ambos vincula, tal como las define Díez-Picazo Giménez¹¹⁶.

La acción individual se ejercita por el adherente para dejar sin efecto una condición general inserta en un contrato en que es parte. Su legitimación se extiende y limita a lo que está en la esfera de su disponibilidad. Igual ocurre con la acción declarativa de no incorporación que protege los intereses del perjudicado por un

¹¹⁶ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., con de la Oliva Santos.

contrato con condiciones no conocidas de manera completa o que no cumplan los requisitos de los arts. 5 y 7 LCGC.

Las *acciones colectivas* son ciertas acciones *típicas* (es decir, expresamente establecidas por la ley) que determinadas entidades e instituciones pueden ejercitar en materia de condiciones generales de la contratación, para proteger intereses que trascienden a los de los adherentes singulares¹¹⁷.

Las acciones colectivas no pretenden proteger tan sólo los derechos subjetivos de cada afectado por una conducta de origen profesional o empresarial, no son una acumulación de acciones individuales, sino que tienen por finalidad reaccionar frente a conductas ilícitas que pueden lesionar a una pluralidad de personas bien sean adherentes a un contrato impuesto o consumidores, con la finalidad última de evitar la extensión de un perjuicio o disuadir de la realización en el futuro de comportamientos lesivos similares. Su elemento característico es el origen legal que se extiende no sólo al número y determinación de las mismas sino también a las personas o entidades legitimadas para su ejercicio, las cuales no podrían actuar en el proceso sin la existencia de una ley que les autorice a ello. Las *acciones colectivas* se encaminan, según la Exposición de motivos de la Ley 7/1998, a impedir la utilización de condiciones generales que sean contrarias a la Ley. A través de ellas, se trata de permitir un *control abstracto y general* de la licitud de las condiciones generales, dados los importante intereses supraindividuales en juego que se trata de proteger.

Las acciones individuales y las colectivas se diferencian, por tanto, por el distinto campo a que va dirigida la actuación jurisdiccional en cada caso: las primeras van referidas a un solo contrato individual (art. 9.2 LCGC) y las segundas se refieren a una pluralidad, eventual o posible, de contratos que están por otorgarse,

¹¹⁷ Definición similar a la que formula DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., con de la Oliva Santos.

o que ya se han otorgado perjudicando a una clase o categoría de personas. La acción colectiva tiene un carácter objetivo más amplio, como establece el art. 12 LCGC.

2.2. *Clases de acciones colectivas de la Ley 7/1998*

La *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* tipifica tres clases de acciones colectivas (art. 12):

a) En primer lugar, la acción de *cesación*, cuyo objeto es obtener una decisión judicial que impida la utilización de condiciones generales nulas y que se condene al demandado que las utilice (art. 17.1 LCGC) a eliminarlas y a que se abstenga de utilizarlas en lo sucesivo

b) En segundo lugar, la acción de *retractación*, dirigida a obtener una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que se haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro. El art. 17.2 LCGC faculta además a dirigir la acción de retractación contra el demandado que manifieste su voluntad de utilizar en el tráfico esas condiciones generales nulas, exigiendo en todo caso que en alguna ocasión hayan sido utilizadas por algún predisponente.

c) En tercer lugar, la acción *declarativa* que se dirige a reconocer la cualidad de condición general de contratación de una o varias cláusulas e instar la inscripción de las mismas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación si tal inscripción es obligatoria. En definitiva, lo que se cuestiona es si una o varias cláusulas reúnen los caracteres que señala el art. 1 LCGC al definir las condiciones generales de la contratación.

No se regula en la LCGC ningún otro tipo de acciones colectivas, tampoco existe posibilidad de hablar de acciones colectivas por analogía con las tipificadas. Sin embargo, otras leyes remiten a las acciones colectivas de la LCGC, así la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, *por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales para incorporar a nuestro derecho interno la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000*, después de sancionar con la nulidad las cláusulas abusivas que establezcan plazos de pago o intereses de demora desproporcionados o distintos a los establecidos en esa normativa, habilita a las entidades que señala para ejercitar las *acciones de cesación y retractación*, para eliminar la utilización de esas cláusulas abusivas, “conforme a la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación” (art. 9)¹¹⁸, a cuya regulación remite.

2.3. Acciones colectivas e intereses colectivos y difusos

La protección de la igualdad de los contratantes y la protección de los consumidores y usuarios participan del objetivo general de hallar mecanismos, tanto en el derecho sustantivo como procesal, para evitar los desequilibrios generados por el abuso de posiciones preeminentes en el mercado y proteger su transparencia y debida regulación. En nuestro derecho, tanto las acciones colectivas como las normas que se establecen para la protección de intereses colectivos y difusos de los consumidores son mecanismos dirigidos a esos fines.

En las acciones colectivas, se reconoce legitimación activa a favor, en unos casos, de órganos administrativos, de corporaciones y de las asociaciones de consumidores y usuarios, tal como se recoge en distintas leyes (Ley de Condiciones

¹¹⁸ La redacción actual de este precepto ha sido dada por la Ley 15/2010 de 5 de julio.

Generales, Ley de Publicidad, Ley de Competencia Desleal, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Otras son las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la defensa de intereses colectivos y difusos. En la LEC se distingue entre *intereses colectivos* e *intereses difusos* de los consumidores y usuarios a la hora de establecer las especialidades de la tutela jurisdiccional de sus derechos. Aunque la voluntad de la LEC es que las previsiones y especialidades referidas se apliquen también en los litigios en que se ejercitan las acciones colectivas o individuales de la LCGC añadiendo a este texto legal la disposición adicional cuarta que más adelante se comentará.

Merece la pena recordar, aunque sea brevemente, que los colectivos y los difusos son intereses de diferente alcance. Se estarán defendiendo *intereses colectivos* cuando la tutela se pretende frente a actos ilícitos que afecten a un número de personas perfectamente determinadas o fácilmente determinables. Aunque no deben ser considerados como una acumulación de intereses particulares, como señala la Directiva 98/27/CEE en su considerando 2, donde define los intereses colectivos diciendo que: “*son aquéllos que no son una acumulación de intereses de particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción*”.

Por el contrario, nos encontraremos ante la defensa de *intereses difusos*, cuando la tutela se insta frente a actos ilícitos que afectan a un número de personas indeterminado o de difícil determinación. Predomina la defensa de un interés supraindividual sin que entre las personas afectadas exista vínculo jurídico alguno¹¹⁹.

¹¹⁹ Vid. sobre la legitimación extraordinaria para la defensa de intereses supraindividuales, GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: Colectivos y difusos*, Aranzadi, Pamplona 2000. MONTERO AROCA J., *La legitimación en el proceso civil*, Civitas, Madrid 1994.

Antes de la Ley procesal 2000, Montero Aroca¹²⁰ señaló que los intereses difusos se caracterizan porque corresponden a una serie de personas que están absolutamente indeterminadas, sin que exista entre ellas vínculo jurídico alguno, de modo que la afectación de todas ellas deriva sólo de razones de hecho contingentes, como ser posibles consumidores de un mismo producto, vivir en el mismo lugar, ser destinatarios de una misma campaña de publicidad, entre otras. Asimismo, como estamos ante casos de legitimación extraordinaria, indica este autor que “en ocasiones estos supuestos de legitimación extraordinaria se consideran casos de sustitución procesal, cuando realmente no hay tal, pues la entidad que es persona jurídica no actúa en nombre propio afirmando derechos ajenos, sino que actúa en nombre propio afirmando derechos propios en cuanto se trata de intereses colectivos cuya defensa le está específicamente encomendada por la ley”.

Como se ve la doctrina se refería, en concreto, a cómo se debía articular o configurar su tratamiento procesal. La cuestión es compleja si tenemos en cuenta que el ámbito de estos derechos no se agota en materia de los consumidores y usuarios (p.ej. son importantes en materia de medio ambiente), pero lo cierto es que la Ley procesal ha dado acogida a este tipo de derechos en materia de consumidores y usuarios, con lo que han dejado de ser puramente teóricos y han pasado a ser figuras con un específico tratamiento procesal, susceptible de aplicarse por extensión a otros campos.

La SAP Sevilla, (5ª), de 22 de enero de 2004 (AC 406), aborda el tema de la naturaleza y configuración de las acciones colectivas y su vinculación con los intereses colectivos y difusos y señala que “*La acción ejercitada por la parte actora en el presente procedimiento se enmarca dentro de lo que doctrinalmente se vienen denominando las acciones colectivas en defensa de los intereses de los*

¹²⁰ MONTERO AROCA J., *La legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 65-66; en igual sentido, pero referido ya al art. 11.3 LEC, en la “versión” actual de esta obra publicada bajo el título: *De la legitimación en el proceso civil*, Editorial Bosch, Barcelona 2007, p. 432.

consumidores y usuarios, acciones cuya característica esencial es que no defienden únicamente los derechos subjetivos o individuales de cada uno de los afectados por una conducta empresarial, sino los intereses colectivos o difusos, según estén o no determinados los consumidores a quienes afecta tal conducta, entendiéndose como señala la Directiva 98/27/CE por intereses colectivos aquellos que no son una acumulación de intereses individuales.”

Termina el argumento destacando el objetivo primordial de esa acción de reaccionar contra una conducta empresarial ilícita, al decir que:

“En definitiva, concurre este interés colectivo, que trasciende el meramente subjetivo de cada uno de los afectados, cuando no se trata sólo de satisfacer los intereses individuales de cada uno de los afectados, sino sobre todo de reaccionar contra una conducta empresarial ilícita capaz de generar perjuicios a una pluralidad de consumidores, manteniendo un control sobre la misma que contribuya a evitar la extensión del perjuicio ya ocasionado y a disuadir de la realización en el futuro de comportamientos lesivos similares en detrimento del conjunto de los consumidores”.

En la misma línea, la SAP Madrid (11ª) de 16 de junio de 2005 indica que la defensa de intereses colectivos se proyecta en el derecho procesal y sustantivo

“como instrumento adecuado de tutela y satisfacción de intereses que afectan a una pluralidad de individuos de difícil determinación y precisa de una regulación especial como tales acciones colectivas, en aras a evitar la repetición innecesaria de litigios, aportando seguridad jurídica en el conjunto de relaciones de esa índole, que afectan a los sujetos intervinientes”.

A nuestro entender, si bien pueden coincidir el ejercicio de las acciones colectivas con la defensa de intereses colectivos y difusos, sin embargo y en lo que se refiere al tema de las acciones colectivas del art. 12 LCGC, la regulación taxativa

de estas acciones tiene también la otra finalidad de proteger el mercado tal como resulta de la redacción literal del precepto legal que se acaba de citar en relación con el precepto que determina las personas legitimadas para el ejercicio de tales acciones (art. 16 LCGC).

A continuación, analizamos de forma individualizada el régimen legal de las acciones colectivas de la LCGC.

3. La acción de cesación: concepto, caracteres y efectos.

3.1. Concepto

La más importante de las acciones colectivas y la de más frecuente uso es la acción de cesación. El art. 12.2 LCGC la concibe como instrumento ordenado a obtener una condena a cesar y a eliminar del contrato con condiciones generales aquellas que sean nulas: "*La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz*".

*"A la acción de cesación podrá acumularse, como accesorio, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones."*¹²¹

¹²¹ Según la redacción dada por la disposición final sexta de la LEC al apartado 2 del art. 12 LCGC.

Esta definición legal incluye como requisitos de la acción la existencia de un contrato que incluya condiciones generales, con los caracteres que hemos analizado al definir ese tipo de condiciones (art. 1 LCGC), que se reputen nulas (art. 8 LCGC) y que tal contrato se utilice (art. 17.1 LCGC) y sea impuesto por un profesional en su actividad mercantil.

Se trata, por ende, de una tutela colectiva típica, dentro de la que se incluye también la petición de condena de prohibición (abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo) y puede incluir la petición accesoria de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado indebidamente en virtud de las condiciones declaradas nulas, así como la indemnización de daños y perjuicios causados por la aplicación de las mismas. Tales pretensiones integran el contenido, establecido por Ley, de la acción de cesación.

Las acciones se ejercitan de forma acumulada, aunque realmente la acción de cesación lleva implícita una pretensión mero declarativa de declaración de nulidad de las cláusulas consideradas condiciones generales, y otra de cesación o eliminación, de manera que la primera es presupuesto o condición para estimar la segunda (el art. 12.2 LCGC sólo contempla la condena a “*eliminar*” las condiciones generales “*que se reputen nulas*”). También se solicita un “*non facere*” para el futuro, “*abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo*”, lo que equivale a amparar el ejercicio de una pretensión de prohibición.

La acción de cesación se regula en el marco de la legitimación colectiva extraordinaria, partiendo de que los contratos que incluyen condiciones generales son contratos de naturaleza distinta a los que se conciertan en base de la autonomía de la voluntad plena y con fundamento en la libertad contractual, de ahí que no se trate de un contrato aislado de adhesión sino de unos contratos en serie establecidos por el predisponente que contengan condiciones generales, con lo que la cesación es una condena a una sucesión de actos que se repiten o pueden repetirse en el tiempo.

3.2. Tutelas integradas en la acción de cesación

La primera pretensión integrada en la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia de condena a *eliminar* las condiciones generales que se reputen nulas. Ello, en principio, es una consecuencia derivada de la propia declaración de nulidad de una condición general determinada. Se ejercita una pretensión de condena contra el predisponente para que elimine las condiciones generales nulas, que puede ser un acto personalísimo o no, de hacer o de no hacer. La consideración o no de ser personalísima la condena resultante del ejercicio de la acción de cesación tiene trascendencia ante una eventual ejecución forzosa (arts. 717, 706, 712, LEC) como más adelante se señala.

Es de notar sin embargo, que el art. 12.2 LCGC no establece como objetivo de la acción de cesación la declaración de nulidad de las condiciones generales objeto de la litis sino la condena a eliminarlas, quizá debido a que las personas legitimadas para el ejercicio de la acción no son las firmantes de un contrato concreto que incluya ese tipo de condiciones y, por tanto, su objetivo es que las condiciones reputadas nulas desaparezcan del mercado. Tal objetivo es evidente que se puede cumplir con mayor eficacia obteniendo una condena específica de eliminar esas condiciones que con una condena meramente declarativa de nulidad.

La segunda concreta tutela integrada en la acción de cesación es la de obtener la condena del demandado a abstenerse de utilizar las condiciones que se reputan nulas en lo sucesivo. La pretensión de obtener una tutela judicial de condena consistente en la inhibición, en una omisión, carecía de suficiente apoyo legal, al separarse de la vía normal y clásica que configuraba normalmente la condena como pecuniaria, para ir evolucionando hacia otras modalidades que consisten en un dar, un hacer o un no hacer no pecuniario, y sirva para que la vigente Ley de

Enjuiciamiento Civil regule la ejecución forzosa a través de un proceso de ejecución regido por normas diferenciadas.

En determinados sectores del ordenamiento jurídico (propiedad industrial, intelectual, por ejemplo) esta pretensión de inhibición juega un papel fundamental a los efectos de garantizar una efectiva tutela judicial, por lo que en las últimas décadas ha surgido la necesidad de regular una pretensión de inhibición en esos sectores. En concreto, en los últimos años han sido varios los cuerpos legales que han incluido, entre las diversas manifestaciones de tutela solicitada, la tutela de inhibición o prohibición (art. 71 Ley de Patentes, Ley 24/2015 de 24 de julio, que entrará en vigor el 1-4-2017; y art. 63 de la anterior Ley 11/1986 de 20 de marzo de Patentes); art. 41 Ley de Marcas, Ley 17/2001 de 7 de diciembre; art. 18 Ley de Competencia Desleal, Ley 3/1991 de 10 de enero; art. 29 Ley General de Publicidad, Ley 34/1988 de 11 de noviembre).

En definitiva, del concepto legal de la acción de cesación del art. 12.2 LCGC se deduce que la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia por medio de la cual se condene a la parte demandada a *eliminar* de sus condiciones generales las que se reputen nulas (hacer algo) y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo (no hacer)¹²². La sentencia también ha de determinar o aclarar, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz. Exigencia que es consecuencia de la condena de eliminación de las condiciones generales que se reputen nulas y que no constituye una pretensión autónoma de la demanda.

3.3. Caracteres de la acción de cesación

¹²² DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ I., señala que la acción de cesación es, sin duda, la acción colectiva más importante de las reguladas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Tiene por objeto obtener la condena del predisponente de condiciones generales nulas a que las elimine de sus contratos y se abstenga de utilizarlas en lo sucesivo. *Derecho Procesal Civil* [...], cit., con De la Oliva Santos A., p. 601.

El art. 12.2 LCGC introduce novedades importantes en referencia a la acción de cesación, considerando que se trata de una acción colectiva cuyo fin principal no es la defensa de intereses de personas concretas, sino erradicar las cláusulas nulas, con lo que protege y ampara intereses colectivos que trascienden a los individuales de un contratante determinado. La LCGC delimita los pronunciamientos que se pueden obtener del tribunal a través de su ejercicio (art.12.2) y también las personas o entidades que pueden ejercitar esas acciones (art.16), estableciendo de modo tajante que esas personas legitimadas, que son ajenas al contrato, solo pueden ejercitar las acciones del artículo 12 LCGC y ninguna otra. A nuestro juicio, al tratarse de una norma que establece una legitimación extraordinaria y excepcional, cuya interpretación debe ser restrictiva (art. 4.2 CC), no cabe que las personas y entidades del art. 16 LCGC ejerciten otro tipo de acciones que las colectivas del art. 12 LCGC, como podría ser la acción de prohibición anterior al empleo efectivo de las condiciones generales que en nuestro derecho prevé el art. 71 Ley de Patentes y el art. 18.2ª LCD¹²³ y que algunos autores consideran también de aplicación en materia de condiciones generales de la contratación¹²⁴.

En cuanto al interés, se requiere que se haya probado efectivamente una actividad contractual en masa en la que el predisponente haya utilizado condiciones generales que se reputen nulas y que toda esa actividad conduzca a la producción de un efecto perjudicial colectivo. La demanda de cesación afirma una práctica contractual concebida para una pluralidad de contratos en los que se repite la cláusula o cláusulas afectadas de nulidad. Al tratarse de una acción colectiva que ejercitan las asociaciones o entidades legalmente reconocidas para ello, el interés

¹²³ Ley de Competencia Desleal art. 18. Acciones. *Contra el acto de competencia desleal podrán ejercitarse las siguientes acciones: 2ª Acción de cesación del acto, o de prohibición del mismo, si todavía no se ha puesto en práctica.*

¹²⁴ Son partidarios de la posibilidad de ejercicio de la acción de prohibición, entre otros, PARTELLANO DÍEZ P., *Comentarios a la ley condiciones [...]*, cit., dir. A. Menéndez y L. Díez-Picazo, p. 575; y GARCÍA VILA M., *Las condiciones generales de la contratación: aspectos procesales*, editorial Práctica de Derecho, Valencia 2005, p. 101.

subyace en cuanto esa defensa es función propia de las mismas, bien de forma directa o indirecta. La exigencia del requisito del interés impediría ejercitar las acciones de la LCGC cuando las condiciones generales no se den en el área geográfica o territorial en que las entidades legitimadas tengan estatutariamente limitado su campo de acción, o cuando se haga un uso fraudulento de tales acciones al no responder a una auténtica necesidad de tutela por parte del peticionario.

La acción de cesación se caracteriza también por la necesidad de que exista un riesgo de que se vuelva en el futuro a repetir la misma actuación. El ejercicio de la acción tiende a evitar que llegue a producirse el comportamiento ilícito del predisponente en el futuro. Con lo que destaca su finalidad preventiva y para la protección de intereses legítimos.

En cuanto a los plazos para su ejercicio, la acción de cesación tiene también normas específicas en materia de prescripción tras la entrada en vigor de la Ley 39/2002 de 28 de Octubre que ha dado una nueva redacción al art. 19 LCGC, como más adelante veremos.

3.4. Caracteres de la acción accesoria de devolución de cantidades e indemnización de daños y perjuicios

El art. 12.2 LCGC, en su redacción original, establecía que una vez declarada judicialmente la cesación, el actor podía solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas en base a la cláusula nula, así como una indemnización por los daños y perjuicios causados. Si el demandado no se avenía a dicha petición, la norma indicaba que podía hacerse efectiva en trámite de ejecución de sentencia.

Nada precisaba la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* sobre ese trámite de ejecución de sentencia por lo que quedaba en el aire si tenía que

intervenir o no en tal trámite el contratante adherente perjudicado por la cláusula nula. Esa duda tenía difícil solución procesal, ya que la LEC de 1881 no admitía la intervención después de dictarse la sentencia de quienes no fueron partes en el proceso, tal como permiten en la actualidad los arts. 221 y 519 LEC.

La Ley de Enjuiciamiento Civil cambia este criterio, da la nueva redacción expresada al art. 12.2 LCGC y establece que, a la acción de cesación para eliminar condiciones generales nulas, *podrá* acumularse, como accesoria, la acción de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la acción de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones.

La modificación del art. 12.2 LCGC operada por la LEC, permite la acumulación como accesoria de la acción de resarcimiento. Como casi todas las modificaciones parciales, esta forma ha originado cierta confusión, pues el art. 16 LCGC establece una legitimación extraordinaria exclusiva a favor de las entidades que menciona a las que legitima para el ejercicio de “*todas las acciones previstas en el art. 12 LCGC*”, lo que incluye también la acción accesoria cuya acumulación se permite por ese art. 12 en la redacción que le dio la LEC 2000.

Las entidades a las que el art. 16 LCGC reconoce legitimación activa para ejercitar la acción de cesación, al no ser parte del contrato, nunca serán el acreedor de la devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en base a la cláusula nula ni la persona que tiene derecho a la indemnización de daños y perjuicios derivados de la cláusula. La consecuencia es que no cabría la presencia en el proceso desde el principio de la persona/s a la que procede devolver cantidades o indemnizar, sólo cabría su presencia a través de la intervención posterior (arts. 13 a 15 LEC) o a través de las especialidades previstas para la sentencia y su ejecución (arts. 221 y 519 LEC) que se comentan más adelante.

No obstante lo anterior, la aplicación de la disposición adicional cuarta de la LCGC, añadida por la LEC, al permitir que se apliquen las disposiciones de la LEC a los procesos de acciones individuales y colectivas derivadas de la LCGC (junto con la diligencia preliminar específica del art. 256.1-6º LEC que permite la posibilidad de identificación o determinación previa de perjudicados o afectados antes de iniciar el proceso, con la vista puesta en su participación en el mismo), nos lleva a concluir que no existe norma legal que impida la presencia en el proceso desde el principio del beneficiario final por el ejercicio de la acción accesorio acumulada a la acción de cesación. En cambio cabe pluralidad objetiva: la entidad legitimada para la acción principal de cesación, y el particular para la acción accesorio. Incluso cabe que la entidad legitimada para el ejercicio de acción colectiva ejercite también la acción individual en representación del que contrató con el predisponente, como ocurre en el caso de la STS1ª de 13 de marzo de 2012 (RAJ-4527) en que la asociación de consumidores demandante también accionaba en representación de la persona individual contratante que era uno de sus asociados.

Se trata en definitiva de una pretensión de condena pecuniaria y compleja cuyos caracteres son los siguientes:

a) En primer lugar, es una acción accesorio de la acción colectiva de cesación, es decir, carece de autonomía propia, y tiene como presupuestos la condena a eliminar las condiciones generales nulas de un contrato y la obligatoriedad de cesar en su utilización en los contratos en serie. Por ello, es posible la estimación de la pretensión principal y no de la accesorio, pero no al revés. Esta acción accesorio no tiene un plazo especial de prescripción y seguirá el de la acción principal.

b) Es una pretensión de condena con dos contenidos: la devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la condición general nula a que afecte la sentencia, y la indemnización de daños y perjuicios que hubiese causado la

aplicación de dicha condición general nula, lo que obliga a delimitar y probar qué cantidades y qué daños y qué perjuicios, a quién se causan y para quién se piden o, en su caso, quién los pide. Es incluso posible que no sea preciso exigir la devolución de cantidades al no haberse entregado o exigido su entrega y sin embargo se hayan producido daños y perjuicios o viceversa, con lo que es posible que no sea preciso pedir conjuntamente las dos peticiones, pudiendo pedir una u otra de ellas.

Como también señala la citada STS1ª de 13 de marzo de 2012 (RAJ-4527) la nulidad de una cláusula no opera automáticamente la obligación de restituir pues no siempre se deriva un enriquecimiento para la otra parte de la nulidad, como ocurre en el caso de las obligaciones recíprocas de ejecución continuada o sucesiva que han funcionado durante un tiempo sin desequilibrio económico para ninguna de las partes, por ello la condena a restituir dependerá de que se haya producido enriquecimiento (F. Noveno).

Al tratarse de una acción colectiva, quien la ejercita es cualquiera de las entidades que señala el art. 16 LCGC, que no han sufrido el daño, que actúan solicitando una pretensión accesorio de la cesación, de carácter pecuniario, que habrá de concretarse, pues se han de determinar las personas y el “*quantum*” a que debe ascender la misma, bien antes o al momento de presentar la demanda según se acaba de indicar. Incluso se hace viable su determinación en el proceso a través de la posible intervención individual a que hace referencia el art. 13 LEC o provocada, mediante el llamamiento de los posibles beneficiarios (art. 15 LEC) o a través de las especialidades previstas para la sentencia y su ejecución (arts. 221 y 519 LEC) según se ha apuntado.

Se necesita un resultado objetivo dañoso o perjuicio de los consumidores o usuarios, consecuencia de la actividad contractual en masa, lo que origina una *quiebra evidente del sistema procesal* hasta ahora seguido, donde sólo estaba legitimado para demandar el afectado por el daño o perjuicio sufrido o el acreedor

de la devolución del dinero o cosa o su representante legal o voluntario. El reclamante deberá justificar que el daño existe y su determinación cualitativa y cuantitativa a los efectos de ejecución de condena, lo que no es tarea fácil. Debe existir una relación de causalidad entre la conducta contractual que impone una determinada condición general innegociable y el daño causado, de lo que en el sistema anterior se derivaba la legitimación individual para reclamar.

La justificación del cambio de sistema que produce el legislador en materia de condiciones generales, tanto la que resulta del art. 12 LCGC como de la Ley de Enjuiciamiento Civil, responde a una decisión clara de tutela específica de los consumidores y usuarios, otorgada a título individual y colectivo.

3.5. Efectos

Los efectos del ejercicio de la acción de cesación se producen en tres direcciones: por un lado, en la sentencia se ha de valorar si la condición general que sirve de base a la acción debe reputarse nula, pues de no apreciarse la nulidad no cabe otro pronunciamiento que la desestimación de la demanda. Después, caso de existir la nulidad, deberá dar lugar a la pertinente condena de eliminar la condición general que reputa nula, cesar y prohibir su uso y abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. La nulidad de la condición general lleva a la cesación en su utilización y a la eliminación de la misma (el art. 12.2 LCGC sólo ordena “*eliminar*” las condiciones generales “*que se reputen nulas*”) y también un “*non facere*” (abstención) para el futuro o prohibición de posterior utilización. Por ello, en el Derecho interno, la sentencia que se dicte se proyecta hacia el futuro, no tiene efectos retroactivos, pues como señala la STC 96/2012 de 7 de mayo “con la acción de cesación lo que se persigue es una condena para que el demandado cese en una determinada conducta o una condena que prohíba su reiteración futura”.

Si a la acción de cesación se ha acumulado, como accesoria, la de devolución de cantidades y la indemnizatoria de daños y perjuicios, los efectos del ejercicio de la misma también se extenderán a los pronunciamientos a que dé lugar la acción accesoria, según se indica a continuación.

Estimada la acción principal que reputa nula una determinada CGC y condena a eliminar la misma, si se ha acumulado la acción accesoria de devolución de cantidades y/o indemnización de daños la sentencia que se dicte, como decimos, se ha de pronunciar sobre esa cuestión, con lo que ya no se está dando proyección hacia el futuro a la sentencia sino que es obligado hablar de efectos retroactivos de la misma. En principio, en nuestro Derecho, esto no debería constituir problema pues al reputarse nula una cláusula y condenar a su eliminación han de regir las consecuencias lógicas de la nulidad según la regla clásica “*quod nullum est nullum effectum producit*” (lo que es nulo no produce ningún efecto) y que el art. 1303 CC establece, a cuyo tenor declarada la nulidad de de una obligación “los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses”. Se trata, como dice la STS1ª de 13 de marzo de 2012 (RAJ-4527), de una propia “*restitutio in integrum*” al haber quedado sin causa el título que la sustenta, con lo que se evita un enriquecimiento injustificado de una parte a costa de la otra. Aunque reconoce que ese enriquecimiento no siempre se deriva de la nulidad. En principio, la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*).

Dicho lo anterior, como señala la STS1ª de fecha 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088), “*no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (art. 9.3 CE)*”, principio que está admitido limita las facultades de revisión de la Administración (art. 106 LRJAPPAC) y ha sido aplicado también por el TC al limitar los efectos

retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad (por todas, STC 38/2012 de 28 de marzo, RTC-38). Por su parte el TJUE también admite la limitación de efectos aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, pero exige que concurran dos criterios esenciales, a saber: la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves que ocasionaría la aplicación de la retroactividad de la sentencia (STJUE de 21 de marzo de 2013, RTJCE-93). En base a esos argumentos, la citada STS1ª de 9 de mayo de 2013, declara la irretroactividad de esta sentencia, dictada en el famoso proceso de nulidad de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios.

4. Diferencias entre la acción de cesación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la acción de cesación de la Ley General de Consumidores y Usuarios.

La Ley 39/2002 añadió el art. 10 ter a la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* de 1984 que introducía en el marco de esta ley una específica acción de cesación. Publicado el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre), se regulan las acciones de cesación en el art. 53 del mismo¹²⁵, con la siguiente y actual redacción más amplia que la norma anterior:

“Artículo 53. Acciones de cesación.

La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta

¹²⁵ Redacción actual de la Ley 3/2014 de 27 de marzo que modifica el TRLGDCU, que añadió los dos últimos párrafos de este artículo.

haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

A efectos de lo dispuesto en este capítulo, también se considera conducta contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas.

A cualquier acción de cesación podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas. De dicha acción acumulada accesoria conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación por la vía prevista en la ley procesal.

Serán acumulables a cualquier acción de cesación interpuesta por asociaciones de consumidores y usuarios la de nulidad y anulabilidad, de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas.

El precepto tiene una redacción que se asemeja a otras normas en materia de consumo que establecen la acción de cesación, como es la Ley de Crédito al Consumo de 1995 en cuyo art. 20.2 se regula el contenido u objetivo de la acción de

cesación que establece esa normativa¹²⁶. Igualmente, en términos similares, incluye la acción de cesación el artículo 11 de la más reciente Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Otras normas recientes remiten a la acción de cesación de la LGDCU (art. 21 de la Ley 4/2012 de 6 de julio, sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico), contra conductas contrarias a lo prevenido en la misma que lesionen intereses de los consumidores.

Las diferencias más notables entre las acciones de cesación de la LCGC y la LGDCU son¹²⁷:

a) La acción de cesación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación abarca sólo las cláusulas de condición general, según la definición que da el art. 1 LCGC, mientras la de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en esta materia, resulta aplicable tanto para esas cláusulas como para las incluidas en contratos individuales y en contratos negociados, pues el art. 53 del TR no emplea la expresión "*cláusula no negociada individualmente*", aunque incluye también la referencia a cláusulas abusivas que tienen como premisa estipulaciones no negociadas individualmente (arts. 80 y 82 TRLGDCU).

b) La acción de cesación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios concentra en su seno las pretensiones de la acción de

¹²⁶ Este artículo 20 se adicionó, a la Ley 7/1995 de 23 de marzo de Crédito al Consumo, por la Ley 39/2002 de 28 de octubre, y su apartado 2 tiene la siguiente redacción: Artículo 20. Acción de cesación. 2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura. Así mismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

¹²⁷ Ver en este punto, CABAÑAS GARCÍA J.C., *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos*. Editorial Tecnos, Madrid 2005, pp. 111 a 114.

cesación y la de retractación de los nos. 2 y 3 del art. 12 LCGC, pues incluye también la prohibición de recomendar las cláusulas nulas o abusivas.

c) La acción de cesación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios tiene mayor amplitud al tener como primer objetivo eliminar conductas ilegales en sentido amplio que se están produciendo en la actualidad, y puede incluir también el objetivo de prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existe peligro de reiteración.

d) La legitimación activa para el ejercicio de la acción de cesación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (art. 54 TR) es más limitada, como más adelante se estudia, pues se omite la referencia a las Asociaciones o Corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores, Cámaras de Comercio y Colegios profesionales que admite el art. 16 LCGC.

e) Ambas normativas permiten acumular, como accesoria, la de devolución de cantidades e indemnización de daños y perjuicios derivados de la cláusula nula declarada en sentencia, sin perjuicio de que esas personas pudieran intervenir en el proceso en base a lo normado en el art. 15 LEC¹²⁸. La nueva redacción del art. 53 TRLGDCU permite, además, una acumulación de acciones más amplia que la LCGC, ya que permite acumular también la acción de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual, incluso cuando se ejercite la acción de cesación por asociaciones de consumidores y usuarios.

¹²⁸ La STS1ª de fecha 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088), apartado 281, dice que la acción de cesación, según el art. 53 TRLGDCU, lo que persigue es una condena para que el demandado cese en una determinada conducta, o una condena que prohíba su reiteración futura, por lo que en este tipo de procesos la LEC no considera necesaria ninguna publicidad, ni llamamiento, ni intervención de los consumidores.

f) En las acciones de cesación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios no existe la posibilidad del trámite extrajudicial del art. 13 LCGC de pedir dictamen de conciliación ante el Registrador de Condiciones Generales.

g) Finalmente, la acción de cesación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios seguirá siempre los trámites del juicio verbal (art. 250.1-12 LEC) mientras que la acción de cesación de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, como veremos, seguirá los trámites del juicio ordinario (art. 249.1-5º LEC) si no implica a adherentes que sean consumidores o usuarios.

Además, se debe destacar que en la acción de cesación de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* tiene como objetivo conductas contrarias a lo que dispone dicho texto legal en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados (art. 54.1 TR LGDCU). La acción de cesación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación implica un concepto más concreto y delimitado cual es eliminar las condiciones generales nulas o abusivas (que define el art. 8 LCGC), no utilizarlas en lo sucesivo y determinar o aclarar, en su caso, el contrato en la parte que permanece válido, además de tratar separadamente la acción de retractación, como más adelante se indica, sin vincular su ejercicio a que exista una lesión efectiva de intereses colectivos o difusos concretos.

5. La acción de retractación de la ley de condiciones generales de la contratación: concepto, caracteres y efectos.

5.1. Concepto

De acuerdo con su noción legal, la acción de retractación tiene por objeto obtener una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro (art. 12.3 LCGC, según redacción de la disposición final sexta LEC). En muchas ocasiones, esta acción es complemento de la acción de cesación y, por medio de ella, se podría conseguir también poner fin (cesar) a la inclusión de cláusulas nulas de condiciones generales.

La acción del art. 12.3 LCGC tiene dos *petita*: “*declarar e imponer*” el deber de retractarse al demandado de la recomendación de utilizar condiciones generales que se consideren nulas y, como segunda prestación, el deber de “*abstenerse*” de seguir recomendándolas en el futuro, con lo que no sólo estamos ante una obligación actual sino de futuro.

El precepto en cuestión debe complementarse con lo que indica para esta acción el art. 17.2 LCGC que exige que el profesional demandado haya recomendado “*públicamente*” la utilización de las condiciones nulas o haya manifestado, también “*públicamente*”, su voluntad de utilizarlas en el tráfico, siempre que en alguna ocasión hayan sido efectivamente utilizadas por algún predisponente.

El art. 17.2 LCGC dice literalmente: “*La acción de retractación procederá contra cualquier profesional que recomiende públicamente la utilización de determinadas condiciones generales que se consideren nulas o manifieste de la misma manera su voluntad de utilizarlas en el tráfico, siempre que en alguna ocasión hayan sido efectivamente utilizadas por algún predisponente*”.

El art. 17.2 LCGC añade dos presupuestos adicionales para que prospere la acción cuales son: acreditar la publicidad de la recomendación o manifestación de la

voluntad de utilización y acreditar que algún predisponente (que puede no ser el demandado) las ha efectivamente utilizado. Es obvio que la utilización debe ser consecuencia o efecto de la recomendación. El requisito de la publicidad de la recomendación o manifestación de voluntad, “*públicamente*” dice el texto legal, no lo exige el art. 12.3 LCGC (ni en su redacción actual por la LEC 2000, ni en su redacción originaria) sino el art. 17.2 LCGC que se ha transcrito.

Cuando la norma exige que la recomendación o manifestación hayan de hacerse “*públicamente*”, a nuestro entender, no debe interpretarse como que sea precisa una publicidad en medios de comunicación, sino que debe bastar con que salga del círculo de decisión interna del demandado, por ejemplo por su exposición al público en sus locales de las condiciones generales o la publicidad de sus productos o servicios en los que haga referencia a esas cláusulas o condiciones nulas, sin que la mayor o menor difusión de la recomendación o manifestación influya para dar cumplimiento al citado requisito.

En la redacción originaria del art. 12.3 LCGC se exigía también en este precepto el requisito de la efectiva utilización. Este requisito fue suprimido por la LEC (disposición final sexta) que reformó la redacción del precepto. Ello motivó que algunos autores entendieran que el requisito de la “*efectiva utilización por algún predisponente*” de las condiciones generales nulas recomendadas había sido suprimido tras la entrada en vigor de la reforma del precepto por la LEC¹²⁹.

A nuestro entender, la norma del art. 17.2 LCGC es clara y no puede ser dejada sin efecto por vía interpretativa la exigencia referida de “*utilización efectiva*”

¹²⁹ GONZÁLEZ CANO M^a I., *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 65. REBOLLEDO VARELA A., en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, cit., dir. por R. Bercovitz, p. 537.

de la condición general, como consecuencia de la recomendación¹³⁰. Por otra parte, no es una disposición incompatible con lo señalado en el art. 12.3 LCGC pues este precepto, en su redacción actual, no dice nada sobre la necesidad de utilización efectiva, incluso puede interpretarse que no dice nada al respecto al tener en consideración que sobre ese particular ya consta la exigencia en el art. 17.2 LCGC.

Un argumento más en defensa del criterio expresado: el requisito de la “*utilización efectiva*” se destaca como propio de la acción de retractación en el apartado IV de la exposición de motivos de la LCGC al decir que la acción de retractación dirigida a prohibir y retractarse de recomendar condiciones generales que sean contrarias a la ley “*siempre que en algún momento hayan sido efectivamente utilizadas, y que permitirá actuar no sólo frente al predisponente que utilice condiciones generales nulas, sino también frente a las organizaciones que las recomienden*”.

Además de los dos requisitos expresados, hay una protección adicional a la retractación propiamente dicha (art. 17.2 LCGC) derivada de la recomendación de utilizar condiciones generales nulas. De acuerdo con ello, esta acción también procederá para que el demandante pueda defenderse contra el profesional que manifieste públicamente “*su voluntad de utilizar en el tráfico*” condiciones generales nulas. Como en el caso de la recomendación, también exige el precepto que en alguna ocasión esa manifestación de voluntad haya devenido en utilización efectiva por algún predisponente. En este caso, más que obtener un pronunciamiento de retractarse de recomendar y de abstenerse de recomendar en el futuro sería más efectivo el conseguir el cese en la utilización de esas condiciones nulas por parte del que ha llevado a la práctica la manifestación de voluntad de utilizar las condiciones generales nulas.

¹³⁰ En el mismo sentido, BARRÓN DE BENITO J.L., *La ley sobre condiciones generales de la contratación. Aspectos procesales*, Dykinson, Madrid 1998, p. 59. GARCÍA VILA M., *Las condiciones generales* [...], cit., p. 113.

La acción de retractación se diferencia de la acción de cesación en que con ésta se quiere poner fin a una conducta contractual ya comenzada o que puede comenzar de manera inminente para que no produzca efectos o los llegue a producir, mientras que con la de retractación se trata de paliar los efectos de la recomendación de utilizar determinadas condiciones generales que se consideran nulas; se pretende, en definitiva, exigir un reconocimiento público de que se ha obrado mal recomendando esa utilización y de que no se volverá a actuar de esa forma (abstenerse de seguir recomendándolas para el futuro).

5.2. Caracteres

La acción de retractación es una acción colectiva que pretende la condena a un hacer consistente en rectificar, en retractarse de las recomendaciones llevadas a cabo por el demandado. Ese “*facere*” consiste en una conducta personalísima o infungible, que sólo puede hacerla quien hizo la recomendación.

La legitimación activa sólo se atribuye a las personas y entidades que determina el art. 16 LCGC, mientras que la legitimación pasiva corresponde, como señala el art. 17.2 LCGC, a cualquier profesional, sea o no predisponente, que recomienda públicamente la utilización de determinadas cláusulas como condiciones generales que se consideren nulas o manifieste de la misma manera su voluntad de utilizarlas en el tráfico, siempre que en alguna ocasión hayan sido efectivamente utilizadas por algún predisponente. Es decir, un sujeto que haya incitado, recomendado o provocado la utilización de esas condiciones nulas, y que en alguna ocasión haya tenido efectividad esa recomendación¹³¹.

¹³¹ Según indica PAGADOR LÓPEZ J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas* [...], cit., p. 583, recomendar es dirigirse públicamente a un conjunto de

La acción puede afirmarse contra una o varias personas a la vez, conjuntamente, o contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de tales condiciones generales idénticas que se consideren nulas, tal como señala el art. 17.4 LCGC y también indica el art. 7.3 de la Directiva 93/13¹³². Para que tenga efectividad la acción ejercitada, los medios para hacer la retractación deben ser similares a los que se utilizaron para hacer la recomendación, por lo que como esta se ha de hacer públicamente también la retractación debe ser de esa forma.

Los presupuestos para el ejercicio de esta tutela, que se derivan del art. 12.3 LCGC, son:

1) La primera exigencia es que nos encontremos ante una condición general que se considere nula (realmente lo decisivo), cuya utilización se está recomendando o que exista una manifestación pública de la voluntad de utilizar esas condiciones generales, y a partir de ahí es cuando juega en su caso la retractación o cualquier otra acción y la abstención. De ello se deriva un hecho perjudicial que se pone de manifiesto al utilizar en la contratación en masa cláusulas nulas impuestas o recomendar públicamente su uso o manifestar de la misma forma una voluntad de utilizarlas en el tráfico; perjuicio que no es individual sino colectivo, sin que sea obstáculo para que pueda afectar de forma individual al tiempo, todo lo cual habrá que probar debidamente.

2) Interés: el interés en juego aquí no es el individual, sino el colectivo o social, por el que se articula un sistema más eficaz en la protección de esos intereses, al mismo tiempo que se reconoce la existencia de colectividades

destinatarios a fin de mostrarles las bondades de un determinado clausulado de condiciones generales y aconsejarles su empleo en el desarrollo de su actividad negocial.

¹³² Art. 7, nº 3. *Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares.*

interesadas, con capacidad para la autodefensa de tales intereses, a las que se reconoce legitimación colectiva ante los tribunales y así el art. 16 LCGC describe ambos sujetos legitimados a estos efectos y se reafirma en el art. 11 de la nueva LEC.

3) Se exige acreditar la relación de causalidad entre la recomendación de las condiciones y su inclusión o utilización efectiva: se trata de poner fin, por la retractación, a la recomendación y a los efectos por ella producidos o que se puedan producir en el futuro. Este elemento condiciona esta tutela de condena dado que la efectividad (el hecho de que en alguna ocasión hayan sido efectivamente utilizadas por algún predisponente) debe haberse producido como consecuencia de la citada recomendación.

4) También se ha de acreditar el peligro de continuidad en la recomendación del uso de cláusulas nulas, que trata de conseguir la imposición al demandado de abstenerse de seguir recomendando las condiciones generales nulas en el futuro.

En materia de prescripción de esta acción, rigen los mismos criterios que para la acción de cesación, según se indica a continuación, tras la nueva redacción del art. 19 LCGC por la Ley 39/2002.

5.3. Efectos

Los efectos del ejercicio de la acción de retractación se proyectan en dos direcciones: por un lado, la sentencia ha de valorar si la condición general que sirve de base a la acción debe considerarse nula, pues de no apreciarse la nulidad no cabe otro pronunciamiento que la desestimación de la demanda. Después, caso de existir la nulidad, deberá dar lugar a la pertinente condena de retractarse de la

recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se califican de nulas y abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

La condena a retractarse es una obligación de hacer personalísima e infungible del demandado, que se ha de realizar públicamente como hemos señalado, en la misma forma que se haya realizado la recomendación y a cargo del obligado. La peculiaridad se da por lo que respecta a la prohibición de recomendación en el futuro (“*y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro*” dice el art. 12.3 LCGC), pues constituye una pretensión adicional o copretensión junto a la de retractación. Frente a la condena de retractación que es una obligación de hacer, la de abstenerse es constitutiva de una condena de no hacer en un momento posterior o futuro que complementa la retractación (que trata de acabar con una actuación o conducta ya realizada que está produciendo efectos).

Esta peculiaridad puede ser considerada bien como pretensión complementaria de la retractación o como contenido necesario de la misma, siendo difícil plantearse su autonomía¹³³. Entendemos que esa pretensión es un contenido necesario y conveniente de la retractación, una cautela para el futuro, pues lo que con ella se persigue tendrá efectividad en aquellos supuestos en que se declaró estimada la pretensión de condena actual a retractarse de la recomendación de condiciones generales nulas, cuando exista riesgo de que se continúe recomendando públicamente la utilización de las citadas condiciones generales.

Al ser una copretensión¹³⁴, junto a la de retractarse, se hace sentir la presencia de un daño futuro, no actual, y trata de evitar el peligro de su recomendación futura. Dada la redacción del precepto, entendemos que tal

¹³³ BARONA VILAR S., *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, cit., dir. R. Bercovitz, Aranzadi 2000, p. 472, plantea la posibilidad de ejercitar esa pretensión de abstención con carácter autónomo en base a la propia redacción literal del precepto.

¹³⁴ En este sentido, vid, BARONA VILAR S., “Comentario al art. 12 de la LCGC”, *ibídem*, p. 468.

prohibición de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro es un pronunciamiento inherente a la estimación de la demanda, aunque no se hubiera pedido en la demanda, como consecuencia que es de la recomendación de una condición general que se considera nula. Reconocida tal nulidad por la sentencia, es obligado para el demandado no sólo retractarse de la recomendación, sino también, como dice el precepto, “*abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro*”.

El *ius prohibendi* va referido a un no hacer que consiste en no recomendar la utilización de condiciones generales reputadas ilícitas. Se busca esa condena a no hacer que tendría las alternativas del art. 710 LEC en su ejecución, con el objetivo de que se cumpla la prohibición de recomendar, resarcir los daños y perjuicios, en su caso, y se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial, sin despremiar la posibilidad de utilizar la condena a publicar la sentencia dictada.

5.4. Crítica a la regulación de la acción de retractación

Como dejamos apuntado, tanto en la acción de cesación como en la de retractación lo esencial es el carácter de nula o no de la condición general cuestionada. Establecida la calificación de nulidad de la misma los efectos no pueden ser otros que la erradicación de la condición del mercado tanto en su uso como en la recomendación de su uso, por lo que la refundición de ambas acciones puede llevarse a efecto sin pérdida de derechos para el adherente, en la línea que ha efectuado la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (antes en el art. 10 ter, en la actualidad en el art. 53 del TR) como se ha explicado al comentar esa acción de la LGDCU.

Tampoco se comprende la razón por la que a la acción de retractación no se puede acumular, como accesoria, la de devolución de cantidades e indemnización de

daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de la condición nula, máxime si tenemos en cuenta, como se ha indicado, que el art. 17.2 LCGC exige para que prospere la acción de retractación que la condición cuestionada como nula haya sido "*efectivamente utilizada*" por algún predisponente. Si hubo utilización puede haber lugar a devolución de cantidades e indemnización de daños de igual modo que en el caso de la acción de cesación. Sólo habría lugar a plantear la acción accesorio si se ejercitan acumuladas la acción de cesación y la de retractación, en cuyo caso cabría acumular, como accesorio, la acción de devolución de cantidades e indemnización de daños y perjuicios referida.

Por todo ello, la refundición de ambas acciones en una sería lo más aconsejable para evitar contradicciones, pues la evidencia de la nulidad de la cláusula discutida debe permitir la exigencia tanto del cese de la utilización de la cláusula como prohibir su recomendación, que es más efectivo que una retractación retórica.

6. La acción declarativa de la ley de condiciones generales de la contratación: concepto, caracteres y efectos.

6.1. Concepto

Según el concepto legal, la acción declarativa se dirige a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de contratación y ordene su inscripción, cuando ésta proceda conforme a lo previsto en el inciso final del apartado 2 del artículo 11 LCGC (art. 12.4 LCGC, en la redacción dada por la disposición final sexta LEC).

El objetivo primero de la acción declarativa no es la inscripción de una cláusula en el Registro de Condiciones Generales, sino el reconocimiento por el

tribunal de que una o varias determinadas cláusulas son condiciones generales de la contratación, con independencia del sector económico en que puedan ser utilizadas. El segundo objetivo (que el tribunal ordene su inscripción en el Registro citado) sólo concurre en los casos de que la inscripción sea obligatoria conforme al art. 11.2 LCGC, sin perjuicio de que cualquier cláusula que tenga la consideración de condición general pueda acceder al Registro aunque no sea obligatoria su inscripción (art. 11.8 LCGC).

El art. 11 LCGC establece dos criterios de posibilidad de acceso de las referidas cláusulas al Registro de Condiciones Generales de la Contratación: con carácter facultativo, podrán inscribirse las cláusulas que conforme a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación tengan el carácter de condiciones generales de la contratación (art. 11.8). Con carácter obligatorio, se inscribirán siempre que el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento ministerial correspondiente, imponga la inscripción obligatoria de las condiciones generales en determinados sectores específicos de la contratación (art. 11.2).

6.2. Caracteres

La clasificación de las acciones por su *petitum*, se inicia en Alemania (Wach)¹³⁵ y es seguida en Italia (Chiovenda)¹³⁶. Entre nosotros, Guasp¹³⁷ diferencia las pretensiones declarativas de las constitutivas y de condena, y señalaba que las

¹³⁵ WACH A., *Manual de Derecho Procesal Civil alemán*, vol. I, 1977, p. 32. También en *La pretensión de declaración*, (traducido por J.M. Semón), Buenos Aires, EJEa 1962, p. 51.

¹³⁶ CHIOVENDA G., *Ensayos de Derecho Procesal*, vol. I, 1949, p. 3 y ss..

¹³⁷ GUASP DELGADO J., *Derecho Procesal Civil*, cit., revisada y adaptada por P. Aragoneses, Civitas 1998, p. 207. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ I., “Acciones meramente declarativas. Condena de futuro” (comentario a la STS^{1ª} 667/1997 de 18 de julio), Tribunales de Justicia 1998 núm. 3, p. 357.

meramente declarativas tienen como contenido de la pretensión “*la simple declaración de una situación jurídica que existía con anterioridad a la decisión, buscando su sola certeza*”. La acción declarativa que regula la Ley de condiciones generales tiene ese carácter de meramente declarativa.

Las acciones mero declarativas pueden ser¹³⁸:

1) Típicas y atípicas, según estén expresamente previstas en la ley o no, es decir, según tengan un fundamento legal que las ampare o sin que exista un precepto legal que expresamente las admita.

2) Positivas o negativas, en función de su contenido, teniendo en cuenta si se dirigen a obtener una declaración de existencia de la relación o situación jurídica, o a negar ese mismo derecho o situación (acción negatoria de servidumbre o pedir que una cláusula no es condición general).

3) Individuales o colectivas, desde el punto de vista subjetivo o de la persona o entidad que la ejercite, y desde el punto de vista de la defensa de los intereses que persiga proteger (individuales, colectivos, difusos, generales).

4) Autónoma o vinculada según se ejercite de forma independiente o vinculada a otra de la que es antecedente o dependiente.

De acuerdo con esta clasificación, la acción estudiada pertenece al grupo de las acciones típicas, positivas, colectivas y autónomas.

La base legal de la acción declarativa se encuentra hoy en día, con carácter general, en el art. 5.1 LEC que incluye, entre las tutelas posibles, la de pretender de los tribunales, genéricamente, “*la declaración de la existencia de derechos y situaciones jurídicas*” (acciones mero declarativas positivas que obviamente no

¹³⁸ BARONA VILAR S., “Comentario al art. 12 LCGC”, *ibídem*, pp. 427 y ss.

excluye las mero declarativas negativas); y con carácter específico en el art. 12.4 LCGC que delimita el contenido de la pretensión de las acciones de esta clase en los términos que acabamos de señalar.

La finalidad de la acción declarativa de la Ley de condiciones generales es el reconocimiento de una determinada cláusula como condición general de contratación, al objeto de instar su inscripción en el Registro de condiciones generales cuando ésta proceda, conforme al art. 11.2 LCGC inciso final. Los interesados en instar ese reconocimiento serán, entre las entidades que señala el art. 16 como legitimadas para el ejercicio de las acciones colectivas, aquellas que consideren necesario tal reconocimiento para cláusulas que se vengán utilizando en un determinado sector económico y exista discusión sobre su carácter de condición general.

La exigencia del art. 17.3 LCGC de que la acción declarativa se dirija contra cualquier profesional que utilice las condiciones generales, habrá que entenderla en el sentido de que ese profesional utilice esas cláusulas como negociadas individualmente y sin darle efectos de condición general, pues lo que se pretende en el proceso es precisamente el reconocimiento de una cláusula como condición general de contratación y, en su caso, la constancia de ese carácter inscribiéndola en el Registro de condiciones generales.

Este tipo de acciones mero declarativas son imprescriptibles (art. 19.4, LCGC, en la redacción dada por la Ley 39/2002 citada) pues sería contradictorio que se extinga la acción por no haber hecho uso de ella mientras que el derecho mismo subsistirá con plena validez.

6.3. Efectos

La sentencia estimatoria de la demanda declara el carácter de condición general de contratación de una determinada cláusula y, en su caso, ordena su inscripción en el Registro de condiciones generales. Las sentencias firmes estimatorias de la acción serán objeto de inscripción en el referido Registro, y servirá de título para tal inscripción la ejecutoria en que se recoja la referida sentencia. Señalar también que las posibilidades de anotación preventiva e inscripción en el Registro de condiciones generales que rigen para las otras acciones colectivas, son también aplicables a la acción que nos ocupa.

La sentencia desestimatoria sólo producirá el efecto cancelatorio de la anotación preventiva de la demanda en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, caso de que se hubiese practicado, pero tal sentencia no podrá ser objeto de inscripción, pues el art. 11.4 LCGC sólo admite la inscripción de “*sentencias firmes estimatorias*”; ello es lógico en este caso, pues la sentencia desestimatoria está diciendo que la cláusula objeto de debate no se reconoce como condición general, por lo que no tiene objeto su inscripción en el Registro de condiciones generales.

7. Prescripción de las acciones de la Ley 7/1998: especialidades en materia de acciones colectivas e individuales.

El art. 19 LCGC regula la prescripción de las acciones colectivas sobre condiciones generales de la contratación. El precepto no responde a ninguna exigencia de la Directiva Comunitaria 93/13/CEE, que no establece ninguna previsión al respecto, lo que se debe entender como una concesión del Derecho comunitario a la soberanía de los Estados nacionales.

A dicho artículo le ha dado una nueva redacción la Ley 39/2002 de 28 de Octubre, por la que se modifican los plazos de prescripción que establecía la *Ley de*

Condiciones Generales de la Contratación para las acciones colectivas de cesación y retractación. Tal precepto fija los siguientes criterios:

7.1. Prescripción de acciones colectivas

El art. 19 LCGC, en la redacción actual¹³⁹ que le dio la Ley 39/2002 de 28 de octubre de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, mantiene como imprescriptible la acción declarativa (art. 19.4), y se extiende tal cualidad a la acción de cesación y retractación, con carácter general (art. 19.1 LCGC). Sin embargo, estas dos últimas acciones prescribirán a los cinco años cuando las condiciones generales se hubieran depositado en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación y hubieran sido objeto de utilización efectiva (art. 19.2 LCGC). El plazo se cuenta desde que se hubiera efectuado el depósito en el Registro.

La exposición de motivos de la Ley 39/2002 no da una explicación específica del cambio de criterio, con respecto a la redacción original del art. 19 LCGC, en los plazos de prescripción de las acciones colectivas de cesación (tampoco para la de retractación), pues los fines generales de la reforma de “*garantizar la rapidez*” de los procesos y “*reforzar la efectividad*” de la acción de cesación, poco tienen que ver con la prescripción. Lo único que lo explicaría sería el equiparar estas acciones a la declarativa sobre la base, ya reseñada, de que la estimación de estas acciones siempre presupone la existencia de una condición general nula.

¹³⁹ El art. 19 LCGC, párrafo primero, en su redacción original establecía que las acciones colectivas de cesación y retractación prescriben por el transcurso de dos años desde el momento en que se practicó la inscripción de las condiciones generales cuya utilización o recomendación pretenden hacer cesar.

El art. 56 LGDCU (TR aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007) también señala que las acciones de cesación que regula dicho texto legal son imprescriptibles, para añadir *“sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19, apartado 2 Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación en relación con las condiciones generales inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”*. Respecto a la prueba del día en que comienza a computar la prescripción, la sentencia del TS1ª de 9 de marzo de 2006 (RAJ-1072) recuerda que: *"asimismo es doctrina jurisprudencial reiterada la de que corresponde a quien alega la prescripción la prueba del «dies a quo», de manera que la falta de concreción y la indeterminación del día inicial, o las dudas que sobre el particular puedan surgir no deben resolverse en principio en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado (sentencias de 10 de marzo de 1989 [RJ 1989\2034] y 3 de diciembre de 1993 [RJ 1993\9830])"*.

Por su parte la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid de 21 de noviembre de 2005 (AC-1791) dice que no puede alegarse el plazo quinquenal de prescripción del art. 19.2 LCGC en los casos en que, en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, existen por parte de la entidad demandada *"múltiples depósitos de condiciones generales que ha efectuado en los últimos años y en los sucesivos depósitos no se reflejan las que son objeto de discusión en la litis"*.

Aún transcurridos los plazos anteriores, la Ley permite el ejercicio de las acciones colectivas dentro de los cinco años siguientes a la declaración judicial firme de nulidad o no incorporación que pueda dictarse con posterioridad como consecuencia del ejercicio de una acción individual (art. 19.3 LCGC). En este caso se está refiriendo a condiciones generales no inscritas, pues las condiciones inscritas tienen el tratamiento que dejamos expresado.

Las razones para establecer estos distintos plazos de prescripción son, en primer lugar, la existencia del Registro de condiciones generales de la contratación,

cuyo objeto es estimular el depósito de las condiciones generales de la contratación por la seguridad que representa la inscripción para el futuro al permitir que entre en juego la prescripción. En segundo lugar, razones de seguridad jurídica, que motivaron los plazos breves (dos años) que en su originaria redacción establecía la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, al objeto de que no quedara indefinidamente abierto el plazo para ejercitar estas acciones. En tercer lugar, se han atendido las críticas de la doctrina que, ante la posibilidad de que alguien siguiera utilizando unas condiciones generales abusivas transcurridos los referidos dos años, postulaba la modificación de tal plazo cuya fijación atribuía a presiones de intereses corporativos (promover la inscripción de condiciones generales) y económicos, además de a una defectuosa importación de la Ley alemana en materia de condiciones generales de la contratación¹⁴⁰, que establecía unos plazos similares de prescripción.

El plazo de prescripción para las condiciones generales inscritas, se amplía con objeto de seguir potenciando el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, y en el supuesto de que se ejerciten en el plazo de los cinco años siguientes a la declaración firme de nulidad derivada del ejercicio de una acción individual (art. 19.3 LCGC). La acción declarativa dirigida al reconocimiento de que una cláusula tiene la naturaleza de condición general de la contratación, e instar su inscripción, (conforme señalan los arts. 12-4 y 11-2 LCGC) es imprescriptible, según establece al art. 19.4 LCGC.

7.2. Nulidad de pleno derecho de cláusulas y prescripción

¹⁴⁰ REGLERO CAMPOS F., “Comentario al art. 19 LCGC”, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales* [...], cit., dir. Rodrigo Bercovitz, Aranzadi 2000, pp. 557-565. AGUILERA MORALES M., “Comentario al art. 19 LCGC”, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dir. A. Menéndez y L. Díez-Picazo, Civitas 2002, pp. 787 y ss.

La seguridad jurídica exige la erradicación, en el tráfico de bienes y servicios, de aquellas cláusulas que resulten manifiestamente abusivas, para lo que deben articularse los mecanismos que resulten más efectivos a tal objeto, singularmente las acciones colectivas. Por otro lado, si se esgrime la seguridad jurídica para justificar la prescripción breve de la anterior redacción del art. 19 LCGC, por la misma razón debería haberse previsto un régimen prescriptivo similar para las acciones individuales.

A mayor abundamiento, señalaba la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* que la acción de cesación se dirige a poner fin a la utilización de aquellas condiciones generales nulas por contrarias al art. 8 LCGC, que establece una nulidad de pleno derecho, cuya característica es la de ser imprescriptible la acción dirigida a su declaración, con lo que sería lógico que, al habilitar la ley a ciertas entidades (las del art. 16 LCGC) para el ejercicio de esa acción, el régimen prescriptivo fuera el de la misma acción de nulidad y no otro particular, para el que, como señala algún autor, no se dan razones de peso¹⁴¹.

La STS1ª de 14 de marzo de 2002 (RAJ-2476) en este sentido recuerda que “*la doctrina de esta Sala viene reiterando que los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo de conformidad con el principio quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convallescere* (cita pluralidad de sentencias en el mismo sentido) *por lo que las acciones correspondientes son imprescriptibles*”.

Con igual criterio la SAP Málaga (4ª) de 16 de enero de 2001 (AC-1689), después de recordar los requisitos que han de cumplir las condiciones generales de la contratación (buena fe, justo equilibrio de las contraprestaciones, que no perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o

¹⁴¹ REGLERO CAMPOS F., ibídem., pp. 559 y ss.

comporten una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios) dice: *“La sanción que establece la Ley para el caso de incumplimiento de los requisitos exigidos por la misma es la nulidad de pleno derecho de la cláusula, condición o estipulación incumplidoras, las que se tendrán por no puestas. Bien entendido que la sanción legal de nulidad de pleno derecho o absoluta excluye la posibilidad de prescripción o caducidad de la acción, ex art. 1301 CC, sólo aplicable en hipótesis de nulidad relativa o anulabilidad”*.

Los contundentes argumentos de doctrina y jurisprudencia seguro que han pesado a la hora de la nueva redacción del art. 19 LCGC y de la determinación del nuevo criterio de la imprescriptibilidad de las acciones de cesación y retractación para las condiciones generales de la contratación no inscritas. El nuevo criterio de esa norma viene a cubrir una cierta laguna ya que antes la Ley de Condiciones Generales de la Contratación nada preveía al respecto y había discrepancia sobre qué plazo aplicar: el de 15 años del art. 1964 CC (con la indefinición del momento de inicio del cómputo), o la imprescriptibilidad al tratarse cláusulas nulas.

El art. 83 del Texto Refundido LGDCU, establece de forma clara que las cláusulas abusivas que refiere dicho texto legal *“serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”*.

Llama la atención que en esta materia no se hubiera tenido en consideración algunos criterios adoptados en otras leyes especiales como la Ley de Contrato de Seguro. En concreto hubiera sido más lógico seguir el criterio del art. 3, último párrafo¹⁴², de la LCS, que en los casos de declaración de nulidad de una condición general faculta a la Administración a que obligue a los aseguradores a modificar las

¹⁴² El último párrafo del art. 3º de la LCS dice: *Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas.*

cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas¹⁴³. Aunque hay que reconocer que, pese a la contundencia del precepto de la Ley de Contrato de Seguro, ha sido de muy escasa o nula utilización por parte de la Administración, pero nos parece que apunta un criterio interesante y práctico¹⁴⁴.

7.3. Prescripción de la acción individual

No habla la Ley de la prescripción de las acciones individuales, ni de casos especiales de interrupción del cómputo del plazo de la prescripción, por lo que se seguirán las reglas generales del Código Civil. La acción individual de nulidad del art. 9 LCGC parece que debe ser imprescriptible al tratarse de una nulidad de pleno derecho más que de anulabilidad (que tendría el plazo de 4 años del art. 1301 del CC). Igual tratamiento se aplicaría a la acción para declarar las cláusulas abusivas y la derivada de la acción de no incorporación. Aunque la acción destinada a la restitución de lo indebidamente entregado a consecuencia de la cláusula nula estará sometido al plazo de prescripción de 5 años del art. 1964 CC. La Disposición Final Primera de la Ley 42/2015 de 5 de octubre, modifica el art. 1964 CC, que queda con la actual redacción: *1. La acción hipotecaria prescribe a los veinte años. 2. Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde*

¹⁴³ Señala DÍEZ-PICAZO L., (*Comentarios [...], cit., p. 68*), que sobre la facultad de la Administración para obligar a las aseguradoras a modificar sus cláusulas cuando el TS hubiere declarado la nulidad de alguna hay un hecho evidente: que casi 20 años después de la Ley de Seguro es muy difícil encontrar cláusulas de contratos de seguros declaradas nulas por el TS.

¹⁴⁴ La Ley del contrato de seguro contiene una extensión de la sentencia de nulidad que va más allá de los contratos suscritos por el mismo predisponente y tal extensión ha sido defendida por POLO DÍEZ A., "La extensión de la eficacia del control judicial sobre las condiciones generales del contrato de seguro" en *Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro*, dir. E. Verdura, t. I, Madrid 1.982, p 236. Vid. También, ISERN SALVAT M^a R., "Las condiciones generales del contrato de seguro y la protección del asegurado en el derecho español", *Rev. boliv. de derecho* n° 18, julio 2014, pp. 98-121.

que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.

La SAP de Burgos (3ª), de 10 de enero de 2007 (AC-843), considera que a la acción de nulidad no puede aplicarse el plazo de prescripción de cuatro años del art. 1301 del CC pues se trata de una nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta que es imprescriptible. Así resulta del art. 8 LCGC que configura una nulidad de pleno derecho, no de anulabilidad o nulidad relativa, que se configura en la ausencia de los requisitos del art. 1261 CC y la contravención directa de normas imperativas al amparo de los arts. 6.3 y 1255 del CC. Ello determina su imprescriptibilidad y la posibilidad de que la nulidad sea declarada de oficio por los tribunales. Esta misma sentencia señala que el juego de los arts. 8 y 9 LCGC se ha denominado como nulidad de pleno derecho de carácter relativa ya que el art. 9.1 LCGC limita la legitimación para el ejercicio de la acción únicamente al adherente, privando de dicha legitimación al predisponente e incluso a terceros que se podrían ver afectados por dichas condiciones generales aún cuando no fueron parte del contrato. Es por tanto una nulidad absoluta, pero con legitimación limitada en el ejercicio de la acción o excepción.

PARTE II:

ESPECIALIDADES PROCESALES EN EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

CAPÍTULO QUINTO

ESPECIALIDADES SOBRE LEGITIMACIÓN PROCESAL

1. Explicación previa

La Ley de Condiciones Generales de la Contratación, enumera las acciones colectivas que tipifica (art. 12), para seguidamente regular la legitimación extraordinaria (art. 16 LCGC) que para el ejercicio de esas acciones se requiere, con lo que esa legitimación activa extraordinaria se convierte en uno de los objetivos principales de la misma Ley. Seguidamente se refiere también a la legitimación pasiva (art. 17 LCGC). Esta circunstancia nos lleva a ubicar este capítulo en esta parte del trabajo, tras haber analizado las acciones de la LCGC. Por otro lado, también pretende poner de relieve la vinculación directa que entre acción y legitimación existe, en el campo específico sobre el que proyectamos nuestro estudio, en una materia donde radican buena parte de las singularidades procesales del régimen legal de las condiciones generales de la contratación.

El hecho de prestar atención a la legitimación procesal aquí, con preferencia a otros aspectos relevantes (desde el punto de vista de nuestro trabajo) responde principalmente a razones de puro y simple orden sistemático siguiendo las pautas indicadas de la LCGC. Como en seguida se expone, la legitimación es inmanente a la *materia decidendi*. Un amplio sector doctrinal defiende -con sólidos

argumentos, como se verá- que la legitimación es un presupuesto de la acción afirmada en la demanda, es decir, de la concreta cuestión en litigio, de suerte tal que no basta para que la demanda civil sea estimada con que exista un derecho a una concreta tutela jurisdiccional (porque el tribunal reconozca la existencia de una controversia jurídica de la que nacería un derecho a obtener una tutela jurisdiccional concreta -eso es, precisamente, la *acción civil* en sentido concreto-), sino que se exige además que esa tutela sea pretendida ante la jurisdicción por quien está, con respecto a ese determinado objeto procesal, en una posición jurídica tal que justifica la estimación a su favor de la demanda (es decir, tiene *legitimación activa*), y que dicha tutela sea afirmada frente a quien ocupa, en la controversia jurídica de que se trate, la posición que justifica la estimación de la demanda frente a él (*legitimación pasiva*). Siendo ello cierto, no se oculta que las leyes procesales civiles con frecuencia dan a la legitimación un tratamiento procesal más cercano al de los presupuestos del proceso¹⁴⁵ que al de los presupuestos de fondo (hecho que ocurre, sin ir más lejos, cuando se condiciona la admisión a trámite de la demanda a la justificación documental, *in limine litis*, de la legitimación activa (art. 269 en relación con el art. 266 LEC, sobre casos especiales en materia de aportación de documentos; art. 596 LEC sobre inadmisión a trámite de la tercería de dominio cuando el tercerista no aporta principio de prueba sobre su legitimación).

¹⁴⁵ Así lo indica la STS1ª de 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088), apartado 48, que, después de declarar que el sistema de recursos de la vigente LEC no coincide con la distinción entre “infracción de Ley” y “quebrantamiento de las formas esenciales del juicio” de la normativa anterior, señala que corresponde al recurso extraordinario por infracción procesal “*el control de cuestiones procesales, entendidas en un sentido amplio, que comprende las normas referidas a la legitimación, en cuanto constituye un presupuesto vinculado al fondo del asunto, pero de tratamiento preliminar, de tal modo que los aspectos atinentes a la legitimación (ordinaria o extraordinaria) se encuadran dentro de la actividad procesal y su control debe articularse por el recurso extraordinario por infracción procesal*”, cita varias sentencias de la Sala en el mismo sentido.

Esto se afirma, en este momento de nuestro estudio, para justificar la ubicación de este capítulo en esta sede del trabajo. Por coherencia material, el presente capítulo podría ubicarse perfectamente al tratar de las partes de este tipo especial de procesos, pues no en vano las *partes* (o, si se prefiere, *quien pretende y frente a quien se pretende* una determinada tutela, en este u otro ámbito de la justicia civil) constituyen uno de los tres elementos identificadores de la acción -el elemento subjetivo-, junto con el *petitum* y la *causa de pedir*; cuestión ésta no meramente académica, sino con trascendencia práctica en materias tan diversas como, por ejemplo, la determinación de la competencia territorial o la concurrencia de óbices procesales como la litispendencia o la cosa juzgada.

En la disyuntiva sobre dónde ubicar, dentro del plan sistemático trazado, lo referente a las peculiaridades en materia de legitimación procesal, hemos optado finalmente con comenzar la segunda parte de nuestra Tesis doctoral haciendo referencia, dentro de las especialidades procesales, a la legitimación con preferencia a otras instituciones que, por razón de su naturaleza, merecen ser abordadas aquí. Sirva esta *excusatio* para justificar el porqué de esta opción, quizá discutible, pero creemos que del mismo modo defendible, en el bien entendido de que de hacerlo en sede de objeto del proceso podrían igualmente verse críticas *a contrario sensu*.

Por otro lado, aún ubicados en lugares diferentes dentro de la investigación, el hecho de tratar la legitimación una vez analizadas las acciones que regula la Ley 7/1998 (en el capítulo anterior) pretende poner de relieve y destacar la vinculación directa que entre acción y legitimación existe, también en el campo específico sobre el que proyectamos nuestra investigación, en una materia donde radican buena parte de las singularidades procesales del régimen legal de las condiciones generales de la contratación.

Hecha esta aclaración, y por lo que se refiere a la materia objeto de estudio en esta segunda y última parte de nuestro trabajo, los capítulos que siguen se adentran

en el análisis concreto de las especialidades procesales en la tutela de los derechos relativos a las condiciones generales de la contratación, una vez expuestos, en los capítulos primero a cuarto, los aspectos de preferente carácter sustantivo sobre esta modalidad contractual, así como sobre el contexto histórico y legal que se refiere a su regulación.

Ello se hace comenzando, como decimos, por la legitimación procesal. A partir de ahí, los capítulos siguientes (del sexto al noveno) estudian las especialidades procesales comunes a los procesos sobre condiciones generales de la contratación, siguiendo una sistemática clásica: se parte de lo referente a los sujetos del proceso (presupuestos procesales del órgano jurisdiccional: jurisdicción y competencia; y de las partes: capacidad, personación, representación, especialidades derivadas de la pluralidad inicial o sobrevenida de las partes), se continúa con el estudio de las especialidades desde un punto de vista dinámico (desde las actuaciones previas a la demanda hasta los efectos de la sentencia de fondo), para concluir, en el capítulo IX con las particularidades procesales derivadas del ejercicio de la acción individual de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*.

Comenzaremos pues, como decimos, con el estudio de la legitimación procesal de las partes en los procesos sobre condiciones generales de la contratación.

2. Legitimación y titularidad del derecho

Tradicionalmente, en el ámbito del proceso civil se ha entendido por parte a quien pretende una tutela jurisdiccional y también a aquél con respecto al cual se solicita esa tutela o, como afirma Montero Aroca, parte es quien pide la tutela judicial y la persona frente a quien se pide. De la Oliva define a la parte desde la perspectiva de los afectados por la resolución del proceso: partes son, únicamente,

los sujetos a quienes afectará de forma directa el pronunciamiento del tribunal, ya conceda o deniegue la tutela pedida, ya establezca que no puede pronunciarse sobre ella en ningún sentido¹⁴⁶; es pues un concepto formal, en virtud del cual la condición de parte corresponderá a quien pretende y frente a quien pretende una determinada tutela jurisdiccional, sujetos que son, precisamente, quienes determinan los términos subjetivos de la litis y los límites subjetivos de las sentencias.

La legitimación ha sido considerada por un sector de la doctrina, más que un presupuesto del proceso, un presupuesto de la acción, es decir, uno de los elementos necesarios para tener derecho a una tutela jurisdiccional concreta¹⁴⁷, por lo que deviene una cualidad o condición de las partes en relación con los concretos objetos de unos procesos. Está íntimamente ligada a la titularidad de la acción (legitimación activa), o a la exigencia frente al legitimado pasivo de la concreta tutela jurisdiccional que corresponde a la acción de que se trate.

En definitiva, la legitimación activa civil, en su acepción clásica, está ligada a la titularidad de un derecho subjetivo privado que fundamenta una acción o una pretensión, o bien a la titularidad de un deber u obligación que se imputa al legitimado pasivamente. De ahí que, aunque al ejercitarse en los procesos acciones o pretensiones se dan obviamente limitaciones y fallos de la correlación o binomio titularidad-legitimación, se haya considerado la legitimación como la atribución subjetiva del derecho y la obligación deducidos en juicio o, según señala Gómez Orbaneja¹⁴⁸, como el trasunto procesal de la titularidad.

Sin embargo, este criterio ha sido matizado por los autores: Montero Aroca, por ejemplo, critica, por un lado, los conceptos y distinciones que sobre legitimación

¹⁴⁶ MONTERO AROCA J., *Derecho Jurisdiccional II* [...], cit.; DE LA OLIVA SANTOS A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, vol, con Díez-Picazo Giménez I., cit.

¹⁴⁷ DE LA OLIVA SANTOS, ibídem. p. 127.

¹⁴⁸ GÓMEZ ORBANEJA E., *Derecho Procesal Civil* (con Herce Quemada), Madrid 1976, pp. 137-139.

surgieron en la jurisprudencia durante la vigencia de la LEC 1881 (que no regulaba la legitimación), en especial la distinción entre legitimación “*ad procesum*” y legitimación “*ad causam*” y, por otro lado, la confusión con conceptos como la representación y el “*carácter*” con que las partes concurren al proceso.

Recuerda este autor que el concepto mismo de legitimación era desconocido por la doctrina española del siglo XIX y de las primeras décadas del siglo XX, achacando tal ignorancia a la identificación entre derecho subjetivo y acción, con la consecuencia de que sólo ejercita la acción el titular del derecho subjetivo, por lo que la cuestión no podía ni existir. Entiende que de la legitimación se podrá empezar a hablar cuando se distinga entre derecho subjetivo y acción, pues será a partir de ese momento cuando quepa admitir la posibilidad de que una persona sea titular del derecho y otra la que ejercite la acción¹⁴⁹. En definitiva se hace necesario replantear el estudio del tema a la luz de esos nuevos planteamientos y a la nueva normativa sobre el mismo que establece la LEC 2000.

3. La Legitimación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil

De conformidad con el art. 10 LEC, se consideran partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso (regla o principio general), con la excepción de los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular. Como hemos anticipado, se trata de una noción formal de parte, que no exige acreditación *in limine litis* de la existencia real de la relación afirmada en la demanda con el objeto del proceso, sino que basta con la afirmación de esa relación para justificar la condición de parte: será

¹⁴⁹ MONTERO AROCA J., *De la legitimación en el proceso civil*, editorial Bosch, Barcelona 2007, (p. 46). Obra que tiene como antecedente otra anterior a la LEC 2000 titulada. “La legitimación en el proceso civil”, que tiene un gráfico subtítulo: “*intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él*”, Civitas, Madrid 1994.

parte de la *materia decidendi*, precisamente, determinar si esa legitimación afirmada es real o no.

Así lo viene a reconocer la STS1ª de 7 de noviembre de 2005 (RAJ-7720), que destaca la referencia del art. 10 LEC a la legitimación propiamente dicha. La sentencia pone de relieve la desaparición en la LEC de la distinción entre legitimación "*ad processum*" (que hacía referencia a la capacidad procesal, coincidente con la capacidad de obrar en general) y legitimación "*ad causam*". A juicio del Alto Tribunal, la LEC "*distingue entre capacidad procesal y legitimación, refiriendo esta última sólo a la tradicionalmente denominada legitimación "ad causam" (art. 10 LEC)*"¹⁵⁰.

El concepto de legitimación ha adquirido nueva perspectiva con la LEC vigente: a diferencia de la LEC de 1881, la legislación procesal vigente contiene una referencia clara a la legitimación (art. 10), con lo que ya no se trata de teorías más o menos elaboradas, sino de interpretar la ley y de hacerlo de la manera que pueda servir mejor a la aplicación práctica de la norma¹⁵¹. Montero, a la luz de los principios procesales de justicia rogada y disposición del proceso por las partes, así como en relación con el art. 24.1 de la CE (que confiere a todos el derecho a la tutela judicial efectiva de "*sus derechos e intereses legítimos*"), expresa que los derechos e intereses legítimos deben ser propios (*sus derechos*) del que solicita la tutela de los tribunales de justicia, sin que se pueda pedir tutela para los derechos e intereses de los que se afirme que son ajenos¹⁵². Todo ello le permite afirmar que el art. 10 LEC, contempla dos supuestos de legitimación:

¹⁵⁰ En el mismo sentido se pronuncia la STS1ª de 20 de febrero de 2006 (RAJ-2913), entre otras muchas.

¹⁵¹ Coincidimos aquí con Montero Aroca, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 152, en opinión compartida con otros autores.

¹⁵² En igual sentido, la STS1ª de fecha 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088), apartado 57, destaca que "*el art. 24.1CE atribuye a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin*

a) Ordinario (o de legitimación directa u ordinaria) del apartado primero del art. 10, quien demanda deberá afirmar ser titular de la relación jurídica material deducida, que es lo mismo que afirmar, en general, ser titular de un derecho subjetivo, e imputar la titularidad de la obligación al demandado.

b) Extraordinario (o de legitimación indirecta o extraordinaria) del apartado segundo del art. 10, en base al cual quien demanda no afirma ser titular de la relación jurídica material, pero la ley le habilita para demandar¹⁵³.

La concepción de la legitimación ordinaria se resuelve normalmente en las afirmaciones del actor de la titularidad del derecho subjetivo y en la imputación al demandado de la titularidad de la obligación. El art. 10.1 LEC no dice que serán partes legítimas quiénes sean titulares de la relación jurídica, sino que se refiere a los que se presenten como tales al “*comparecer y actuar en juicio como titulares*” de la legitimación activa, o bien, de quienes se afirme que son titulares de la relación jurídica o del objeto litigioso, desde el punto de la legitimación pasiva. El legitimado con legitimación propia u ordinaria litiga en nombre propio y por derechos propios, y a él le afectará, en su caso, la sentencia¹⁵⁴.

Su fundamento se encuentra en la misma condición de los derechos subjetivos privados y en el poder de disposición que sobre ellos tienen sus titulares, lo que se refleja procesalmente en que sólo cabe un pronunciamiento judicial sobre ellos cuando el actor afirma su titularidad activa y se refiere su titularidad pasiva a una persona determinada. Si esas afirmaciones no se hacen faltaría un presupuesto

que en ningún caso pueda producirse indefensión. Lo que excluye la posibilidad de instar la tutela efectiva respecto de derechos e intereses subjetivos que no se invoquen como propios, en cuanto el derecho fundamental viene referido al ejercicio de los derechos legítimos de cada litigante y no a los derechos e intereses de otro, de tal forma que, como regla, en el orden civil no cabe la acción popular que permita la defensa de los ajenos intereses”, cita varias sentencias de la Sala en igual sentido.

¹⁵³ MONTERO AROCA, op. cit., p. 81.

¹⁵⁴ Sobre el particular, con extensión, v. OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil I* (con Díez-Picazo y Vegas Torres), Cera, Madrid, 2012, entre otros.

procesal y el tribunal, aparte que no podrá pronunciarse sobre el fondo del asunto, deberá declarar que el proceso no se ha realizado válidamente¹⁵⁵. Por lo expresado, para Montero Aroca, las normas sobre legitimación son siempre procesales, su falta lleva a una resolución meramente procesal, no a una sentencia sobre el fondo, incluso en ocasiones se puede y debe resolver *in limine litis*, sin dejar que el proceso se desarrolle hasta el final¹⁵⁶. Coincidentemente con esta tesis, la STS1ª de 12 de diciembre de 1998 (RAJ-9889) entendió que “*el problema de la legitimación constituye cuestión procesal que, aunque íntimamente ligada al fondo del asunto, ha de resolverse con antelación a la entrada en el examen del mismo*”.

A nuestro juicio, sin embargo, la legitimación es un presupuesto de la acción cuya ausencia conduce a una sentencia absolutoria en cuanto al fondo. Excepcionalmente la ley exige una acreditación documental provisional, *a limine*, de la legitimación (art. 265.1-1º y art. 266 LEC): la LEC anuda a la ausencia de la justificación, en estos casos, la inadmisión de la demanda. Este efecto procesal no debe hacernos cambiar nuestra posición: por una parte, la ley sanciona, no la falta de legitimación activa, sino el incumplimiento del requisito procesal de aportar el documento acreditativo de la misma; por otra, aun sosteniendo lo contrario, no parece muy razonable en términos argumentativos extraer una conclusión general de lo que no es más que una excepción (norma especial) con respecto a la regla general.

4. La tutela de intereses supraindividuales y legitimación activa colectiva.

4.1. La superación del binomio legitimación-derecho individual

¹⁵⁵ MONTERO AROCA, op. cit., pp. 165 y 166 y pp. 488 y 489.

¹⁵⁶ MONTERO AROCA, op. cit., pp. 167 y 490. Tesis discutida por otros autores, como DE LA OLIVA, Id, obra citada, para quien es una cuestión de fondo.

En el campo procesal, antes incluso de la LEC 2000, se ha tratado de revisar determinados aspectos de la teoría general de la legitimación, desde el prisma de quiénes están habilitados o posibilitados, según ley, para acudir al proceso en busca de la tutela judicial. Se ha visto que los intereses supraindividuales quedaban desprotegidos con la estricta regulación de la legitimación. Debido a ello, y a la evolución de la concepción clásica del derecho de acción y de su desvinculación del derecho subjetivo, la legitimación fue ganando su propio espacio y surgiendo como término procesal, concediendo el ordenamiento jurídico en favor de determinados sujetos una legitimación extraordinaria¹⁵⁷ en el proceso encaminada a la protección de los referidos intereses supraindividuales.

En principio de forma excepcional, en casos taxativamente establecidos por las normas jurídicas, se fue concediendo el derecho a obtener concretas tutelas jurisdiccionales, esto es, se conceden acciones, a sujetos que no son titulares del derecho subjetivo privado, con lo que estamos ante casos que De la Oliva¹⁵⁸ denomina como supuestos de “*acción sin derecho*”. En esos casos es el legislador el que, al decidir quiénes están legitimados para su ejercicio, atribuye *ex novo* (y *ex lege*) la titularidad de la acción a determinados sujetos o entidades que no tienen derecho previo alguno. Ello da lugar a lo que se denomina legitimación *indirecta*, a diferencia del caso normal en que la acción se concede al titular del derecho que se denomina legitimación *directa*.

¹⁵⁷ La STS1ª de fecha 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088), en sus apartados 59 y 60, recoge la necesidad de esta legitimación extraordinaria, al revelarse insuficiente el concepto clásico de la legitimación ordinaria, lo que fue reconocido por el párrafo segundo del art. 10 LEC al referirse a los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular de la relación jurídica controvertida. Citando la sentencia de la Sala de 14-10-2010 (RAJ-7460), indica que se trata de situaciones en las que se habilita a determinados sujetos para formular una pretensión de manera que el órgano judicial decida sobre el fondo de una cuestión referida a un derecho objetivo que originariamente no corresponde a quien promueve el proceso. Estas excepciones, en cuyo origen subyacen causas de muy distinta índole, exigen la cobertura expresa de una norma de atribución de la facultad de promover el proceso.

¹⁵⁸ DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal* [...], cit., p. 84.

Dentro de la legitimación indirecta se distingue también entre la que se denomina “*por sustitución*”, referida a los que son parte en juicio para pretender una tutela cuyo fundamento es un derecho ajeno (caso de la acción subrogatoria del art. 1.111 del CC) y actúan en interés propio, pretenden una tutela por sí mismo; y la que se denomina “*representativa*”, referida a los que son parte en juicio por su propio nombre, aunque sobre la base de una titularidad ajena, pero que no pretenden para sí la tutela que piden.

Otros autores prefieren referirse a la legitimación indirecta como “*legitimación extraordinaria*”. Dentro de ésta, la actuación de las asociaciones de consumidores y usuarios responde a la tutela de un “*interés social*”¹⁵⁹; o también que tales asociaciones ejercen una “*legitimación derivada del interés general*”¹⁶⁰; o asimilada a la del Ministerio Fiscal en cuanto a la acción civil *ex delicto* dentro del proceso penal¹⁶¹.

4.2. La aparición de los intereses supraindividuales y su incidencia en la legitimación procesal

La evolución del concepto de legitimación se aprecia, muy especialmente, en el campo de la tutela de los intereses colectivos. La aparición de intereses sociales, colectivos difusos y generales va a romper el esquema tradicional de la legitimación y ello por cuanto la tutela y exigencia de protección de esos intereses no puede

¹⁵⁹ MONTERO AROCA J., *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*. 8ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia 1998, p. 52. También en la obra citada *De la legitimación en el proceso civil*, p. 410, si bien resalta que en la terminología actual se impone la denominación de interés supraindividual.

¹⁶⁰ MORENO CATENA V., *Derecho Procesal Civil. Parte General* (con Cortés Domínguez V., y Gimeno Sendra V.), Editorial Colex, 4ª Edición, Madrid 2001, pp. 99-100.

¹⁶¹ FONT SERRA, E., *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (AA.VV), coordinador Cabañas García J.C., Editorial Trivium, Madrid 2000, p. 63.

seguir recayendo sólo en “*personas físicas o jurídicas a título individual*”, pues no se trata sólo de la defensa de intereses individuales¹⁶².

El interés supraindividual es definido como el interés legítimo compartido por una categoría o conjunto de sujetos que se encuentran en igual o similar posición jurídica con relación a un bien del que todos ellos disfrutan simultáneamente y conjuntamente, de forma concurrente y no exclusiva, respecto del cual experimentan una común necesidad¹⁶³. La legitimación colectiva tiene un desarrollo legislativo en nuestro derecho:

En primer lugar, el texto constitucional reconoce el papel de los colegios profesionales (art. 36), asociaciones de consumidores y usuarios (art. 51-2), organizaciones profesionales (art. 52), remitiendo a las leyes reguladoras su estructura interna y funcionamiento que deberá ser democrático.

En desarrollo de la Constitución, la Ley 26/1984 de 19 de julio (LGDCU), en su art. 20.1, facultó a las asociaciones de consumidores para “*ejercer las correspondientes acciones*” en defensa de sus asociados, de la asociación “*o de los intereses generales de los consumidores y usuarios*”, con lo que consagraba la intervención de las asociaciones en la defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios que no eran asociados de las mismas.

¹⁶² La STS1ª de fecha 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088), apartado 61, así lo recoge al decir: “uno de los supuestos en los que la legitimación ordinaria se revela insuficiente es precisamente en el campo de la tutela de los consumidores, ya que la asimetría de las posiciones extraprocesales de profesionales y empresarios, por un lado, y consumidores, por otro, se proyecta en el proceso y desincentiva al consumidor la asunción de la defensa judicial de los propios intereses, con los costes de toda índole que conlleva un litigio y, de forma correlativa, potencian comportamientos irregulares de algunos empresarios y profesionales, al amparo de su impunidad estadística”.

¹⁶³ Definición que transcribe MONTERO AROCA en la obra citada: *La legitimación en el proceso* [...], cit., p. 410, acogiendo la definición dada por GUTIÉRREZ DE CABIEDES P., en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I* Pamplona 2001 (coord. Cerdón, Armenta, Muerza y Tapia), cit., p. 142.

El Tribunal Constitucional se ha referido a este asunto desde sus SSTC 73/2004, de 22 de abril, y 219/2005 de 12 de septiembre. Más recientemente, consolidando la doctrina de las anteriores, la STC 131/2009 de 1 de junio ha establecido que *“las asociaciones de consumidores y usuarios están legitimadas para representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, esto es, para representar y defender los derechos e intereses de sus asociados como intereses distintos de los de la propia asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios”* (f. j. 2).

La Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 7.3) en el año 1985 otorgó legitimación para la defensa de los intereses colectivos legítimos a las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción. El precepto otorga una amplia legitimación que extendía incluso a *“los grupos”*, aunque dejaba una indefinición al no resolver qué es el grupo ni los requisitos que debe reunir para ejercer su derecho en juicio¹⁶⁴. Con ello introdujo la posibilidad de la defensa no solo de los intereses individuales sino también de los *“colectivos”*, entre los que los autores incluían tanto los colectivos *stricto sensu* como los intereses difusos¹⁶⁵.

La LOPJ habilitó que posteriormente se establezca la legitimación de las entidades referidas en otros cuerpos legales: art. 25 Ley 34/1.988 de 11 de noviembre General de Publicidad; y en el art. 19.2 Ley 3/1.991 de 10 de enero de Competencia Desleal y la Ley 7/ 1998 de 13 de abril LCGC, hasta el reconocimiento general en la LEC del año 2000.

¹⁶⁴ LOPJ (Ley Orgánica 6/1985) art. 7. 3. *Los Juzgados y tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.*

¹⁶⁵ CABAÑAS GARCÍA J.C., *La tutela judicial del tercero*, cit., p. 85.

5. La legitimación colectiva en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5.1. Consideración general

La legitimación colectiva como manifestación de acceso a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE, implica el cumplimiento de una de las expectativas de adaptación de nuestra legislación al modelo social imperante. Ahora bien, la intervención de estos entes colectivos no responde a la suma de intereses individuales, pues no se trata de defender los intereses de los consumidores sumados, sino que responde a la síntesis de intereses individuales, como algo autónomo, distinto de la simple adición de intereses individuales. Los intereses colectivos en cuya defensa actúan se concretan en pretensiones que puedan tener defensa colectiva.

Como afirma la SAP Sevilla (5ª) de 22 de enero de 2004 (AC 406), para la defensa del interés colectivo *“es insuficiente la configuración tradicional de la legitimación en el proceso civil que viene a identificar la misma con titularidad del interés o derecho subjetivo que se trata de defender. Por ello, la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil rompe este esquema atribuyendo la legitimación en estos casos no sólo a los consumidores afectados, sino también a otras entidades que, sin ser titulares del derecho subjetivo afectado, tienen sin embargo encomendada la defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios”*.

Las consecuencias de todo ello las aprecia la misma sentencia. Para la Audiencia, esta legitimación plantea pocos problemas en el caso de que lo que se pretenda sea única y exclusivamente conseguir que cese una conducta contraria a la Ley y perjudicial para los consumidores y/o que no se reitere en el futuro, pero suscita *“cuestiones de cierta complejidad cuando junto con tal finalidad, se persigue obtener el resarcimiento de los perjudicados u otros fines que afectan directamente al derecho subjetivo de los mismos, como por ejemplo la resolución de*

los contratos suscritos por los mismos". Ello exige, la identificación de los perjudicados y de la entidad del perjuicio sufrido a los efectos de fijar una indemnización concreta, puesto que de los artículos 209.4ª y 219 Ley de Enjuiciamiento Civil resulta que en nuestro ordenamiento jurídico procesal se encuentran prohibidas *"las sentencias indeterminadas o que remitan la cuantificación del importe que condenan a pagar a la ejecución de sentencia, salvo que tal liquidación consista en una simple operación aritmética"*.

En los países de nuestro entorno, la atribución de la legitimación colectiva es relativamente reciente en países como Francia e Italia, mientras que en Alemania se introdujo en 1.965 en que se reconoció legitimación activa a las asociaciones de consumidores ante la necesidad de proteger los intereses de un colectivo general, el de los ciudadanos que consumen, si bien la amplitud con que fue conferida originó interposiciones abusivas de pretensiones, lo que llevó al legislador a restringir en 1.994 dicha legitimación estableciendo mayores requisitos para que puedan tener acceso al proceso.

De la denominada *"legitimación representativa"* en el ámbito de la defensa de derechos de consumidores y usuarios con carácter general, se ocupa el art. 11 LEC bajo la rúbrica de *"legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios"* en los términos que se expresa a continuación.

5.2. La defensa de derechos e intereses generales de consumidores y usuarios

A la regulación de tales derechos e intereses dedica el art. 11 LEC el primero de sus apartados. Según la ley, *"Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus*

asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios." (art. 11.1 LEC).

La norma, además de reconocer legitimación a las asociaciones para defender en juicio los intereses de la propia asociación y los de sus asociados, se limita a nombrar los *intereses generales* de los consumidores y usuarios y a legitimar a la asociación para su defensa sin dar ninguna definición de intereses generales, a diferencia de lo que hace en los siguientes apartados cuando menciona los intereses colectivos y los difusos de los consumidores y usuarios.

Algún autor utiliza un argumento de exclusión para explicar que, al referirse a estos intereses generales, la norma alude a la protección de intereses legítimos y derechos supraindividuales, puestos en peligro en cualquier sector de consumo, pudiendo quedar concernida según el caso: a) la práctica totalidad de la ciudadanía en el territorio nacional, bordeando así el interés general (p. ej. fallos en la producción o distribución de alimentos, medicinas, etc.); b) o bien importantes capas de población de un territorio determinado en relación a servicios básicos (electricidad, gas, etc.); c) o incluso productos o servicios que tienen por destinatarios a una gran pluralidad de personas en lugares acotados o dispersos por toda la geografía¹⁶⁶. En todo caso, habrán de referirse a intereses que no se encuadren en los individuales, aunque sean la suma de varios, ni a los colectivos ni a los difusos que señalan los números siguientes del mismo precepto legal.

Otros autores destacan que los intereses generales que menciona el art. 11.1 LEC realmente son los intereses que antes se han definido como supraindividuales, con lo que la denominación genérica sería interés supraindividual y dentro de la

¹⁶⁶ Vid. CABAÑAS GARCÍA J. C., *Los procesos civiles sobre consumidores [...], cit.*, p. 181.

misma se distinguen dos especies: los intereses colectivos y los intereses difusos, referidos en los números siguientes de ese artículo¹⁶⁷.

La falta de definición legal clara deja un amplio campo de interpretación al tribunal, que a nuestro juicio deberá con todo delimitar el campo de los intereses generales, por un lado, al no incluir en los mismos los intereses colectivos y difusos a los que seguidamente se refiere el mismo precepto y, por otro lado, los intereses individuales que afectan a una o varias personas sin que sean susceptibles de generalizarse. La distinción de intereses colectivos y difusos de la LEC se basa en la posibilidad de que los perjudicados por el hecho dañoso estén o no determinados o puedan serlo, dejando al margen el carácter de los intereses, lo que nos lleva a la distinción señalada por Montero Aroca que el interés supraindividual es el género y los intereses colectivos y difusos son dos especies de ese interés supraindividual¹⁶⁸.

5.3. La defensa de derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios

El número 2 del art. 11 LEC se refiere a la defensa de esos derechos e intereses colectivos. Según el precepto, cuando los perjudicados por un hecho sean un grupo de consumidores o usuarios “*cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables*”, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa y protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

Previamente el número 7º del art. 6 LEC reconoce capacidad para ser parte en los procesos ante los tribunales civiles a los grupos de afectados al incluirlos entre

¹⁶⁷ Vid. MONTERO AROCA J., *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 425.

¹⁶⁸ MONTERO AROCA J., *ibídem*, p. 426.

las personas o entidades con capacidad para ser parte en los procesos. De acuerdo con la norma, podrán ser parte ante los tribunales los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso “*cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables*”. Para demandar en juicio será necesario, en estos casos, que el grupo se constituya con la mayoría de afectados. Por último, el art. 7.7 LEC determina cómo han de comparecer en juicio estos grupos, que lo harán a través de las personas que de hecho o en virtud de pactos de la entidad actúen en su nombre frente a terceros, lo que deberá ser acreditado al tribunal al interponer la demanda.

La legitimación extraordinaria para la defensa de los intereses colectivos se confiere no sólo a las asociaciones de consumidores y usuarios, sino también a lo que denomina “*entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos*” (apartado 2 del art. 11 LEC). Ello introduce un elemento de indefinición al mismo tiempo que de amplitud en la legitimación en estos casos, aunque la entidad “*legalmente constituida*” siempre deberá acreditar al tribunal que tiene por objeto la defensa de los consumidores y usuarios aportando esa justificación con la demanda. Todo ello sin perjuicio de la defensa que pudieran ejercer los propios afectados como grupo cumpliendo los requisitos que señala el nº 7º del art. 6 LEC.

Las notas que definen la defensa de los intereses colectivos son dos: de un lado, la existencia de un hecho dañoso que causa perjuicio a un conjunto o grupo de consumidores y usuarios; de otro lado, que el colectivo de afectados esté perfectamente determinado o sea fácilmente determinable. Finalmente, al tratarse de una legitimación extraordinaria, quien afirma el derecho no es el titular material del mismo, por lo que la legitimación la otorga la norma sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados. La expresión “*fácilmente determinable*” debe entenderse referida al grado de posibilidad de identificar a los afectados, pero no a la laboriosidad que conlleve esa tarea (p. ej. por existir un número importante de

contratos firmados), pues para atender tal circunstancia está prevista la diligencia preliminar del art. 256.1-6ª LEC, que permite concretar los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados sean fácilmente determinables.

Aunque no lo exija expresamente la Ley, la legitimación de una asociación de consumidores concreta y determinada deberá quedar supeditada a que, al menos uno de los afectados, pertenezca a dicha asociación, sin perjuicio de que la acción que se ejercite se extienda a todos los afectados, por lo que no estaría de más que se acreditase este extremo al presentar la demanda. No parece que sea muy razonable que la intervención de una asociación en la defensa de unos u otros concretos intereses colectivos quede a su exclusivo capricho o voluntad, sin vinculación alguna al hecho de que se hayan visto afectados sus asociados¹⁶⁹. Igualmente habría que exigir ese requisito en los casos de las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de los consumidores o usuarios, salvo el caso de que fueran entidades públicas.

5.4. La defensa de derechos e intereses difusos de consumidores y usuarios

El mismo art. 11.3 LEC establece, en cuanto a los derechos e intereses difusos, que cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos “*corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas*”. Se trata, como decimos, de establecer una regla para determinar la legitimación cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación. La

¹⁶⁹ En este sentido SAP Sevilla (5ª) de 22 de enero de 2004, AC-406, considerando tercero.

misma se atribuye con carácter general exclusivo a las asociaciones de consumidores y usuarios.

La cualidad de difusos de los intereses objeto de defensa obliga a la asociación a justificar su propia legitimación: la Ley establece como requisito necesario para poder ejercer las acciones basadas en derechos difusos que las asociaciones demandantes sean “*representativas*” en el sector afectado, conforme a la ley. Ni la LEC, ni ninguna otra norma legal, dan un concepto de representatividad, pero parece razonable que esa noción esté ligada al número de asociados que se tiene dentro del ámbito en el cual se pretende ejercer la acción, de modo que el mismo pueda considerarse como suficientemente significativo o relevante¹⁷⁰.

En este caso, es preciso acreditar también la indeterminación de los consumidores o usuarios o haber realizado el esfuerzo indicado anteriormente para tratar de determinar a los perjudicados y que tal esfuerzo haya resultado baldío. La indeterminación referida obliga a realizar con mayor rigor si cabe el llamamiento previsto en el art. 15.3 LEC, y sin cumplimentarlo no es posible que continúe el procedimiento. Los autores destacan que el art. 11 LEC construye la distinción entre intereses colectivos y difusos atendiendo al dato subjetivo de poder identificar o no a los miembros del colectivo de personas afectadas al tiempo de interponerse la demanda y que en realidad el objeto de la tutela es el mismo en ambos casos por lo que no existen diferencias objetivas entre ambos tipos de intereses¹⁷¹. Con todo, debemos reiterar que en estos casos no se ejercitan las acciones colectivas del art. 12 LCGC, que tienen otros fines concretos y están reguladas por normas específicas

¹⁷⁰ Vid. la citada SAP Sevilla (5ª) de 22 de enero de 2004, (AC-406).

¹⁷¹ CABAÑAS GARCÍA J.C., *La tutela judicial del tercero*, cit., p. 83.

que, por ser especiales, se aplican con preferencia a las normas generales sobre legitimación colectiva previstas en el art. 11 LEC¹⁷².

El art. 11 LEC en relación con los arts. 24, 37 y 54 TRLGDCU hacen referencia a la legitimación activa para ejercitar acciones colectivas en representación del interés general, facultad que se califica de *derecho* que tienen esas asociaciones de consumidores y usuarios, superando así la consideración de mero *beneficio*. Sobre esa base se establecen una serie de requisitos legales para ostentar esa legitimación, para ser titular del derecho a ejercitar esas acciones, entre los que figura el estar inscrita obligatoriamente en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios del Instituto Nacional de Consumo (art. 33.1 TRLGDCU)¹⁷³. La resolución administrativa firme que excluya a la asociación de ese Registro lleva consigo la pérdida de la condición de “Asociación de Consumidores y Usuarios” (art. 35.2 en relación con el art. 54.3, ambos del TRLGDCU)¹⁷⁴.

5.5. La defensa en el caso especial de ejercicio de la acción de cesación en procesos de consumo

Como se ha señalado, la acción de cesación fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley General de Publicidad de 1.988, y por la Ley de

¹⁷² En este mismo sentido v. la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de León de 11 de marzo de 2011 (AC-179), fundamento tercero, en un caso en que se ejercitaba una acción individual sobre la legalidad de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que dejaba desprotegido al prestatario ante las subidas del euribor.

¹⁷³ Exigencia cuya constitucionalidad reconoce el TC: sentencia 15/1989 de 26 de enero (RTC 1989,15) y sentencia 133/1992 de 2 de octubre (RTC 1992,133). Igualmente la sentencia del TS1ª de 9 de mayo de 2013 (RAJ 3088) apartado 71.

¹⁷⁴ En igual sentido, MONSALVE DEL CASTILLO R. y PORTILLO CABRERA E., “Legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de acciones colectivas en defensa del interés general” (comentario a la sentencia del TS de 15-7-2010), Revista Aranzadi Doctrinal nº 9 Enero 2011, p. 23-30.

Condiciones Generales de la Contratación en 1.998. Otras Leyes también regulan este tipo de acción en su campo específico. La misma Ley 39/2002, como ya comentamos, introduce la acción de cesación en la propia Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al añadir a la misma un nuevo precepto (el artículo 10 ter). En el vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se regula la acción de cesación en el art. 53, como vimos *supra*, en el capítulo anterior.

En todos los casos, la acción de cesación pretende obtener una resolución judicial que ordene poner fin a una práctica prohibida o contraria a las concretas leyes que recogen la acción y la prohibición por parte de la autoridad judicial de que esa práctica se repita en el futuro. En todos ellos, puesto que no se resuelven intereses individuales de los afectados por la conducta cuya cesación y/o prohibición se pide, es lógico que el art. 15.4 LEC exima de la publicidad y llamamiento para que intervengan los consumidores perjudicados, puesto que el proceso no puede afectar a esos derechos individuales. Es igualmente lógico que la Ley 39/2002 haya remitido al ámbito del juicio verbal este tipo de acciones, al añadir un apartado 12 al art. 250.1 LEC, buscando un proceso más ágil para poner fin a una actividad ilegal. Objetivo que no siempre se puede conseguir, dadas las dilaciones que en la práctica tiene la tramitación de esta clase de juicios en muchos casos.

Los apartados 4 y 5 del art. 11 LEC establecen particularidades para la acción de cesación en materia de legitimación con el siguiente texto: "*4.- Las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8¹⁷⁵ estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. Los Jueces y tribunales*

¹⁷⁵ Art. 6.1 LEC determina las personas y entidades con capacidad para ser parte en los procesos ante los tribunales civiles, y en su apartado 8º atribuye capacidad a: "Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios". Este apartado fue añadido por la Ley 39/2002 de 28 de Octubre.

aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción. 5.- El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios."

Este precepto fue añadido por la Ley 39/2002, por la que se transpusieron al ordenamiento jurídico español diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, y la redacción actual de los números 4 y 5 del art. 11 LEC, que se acaba de transcribir, procede de la Ley 3/2014 de 27 de marzo que modifica el TRLGDCU. La norma regula, en particular, la legitimación en el supuesto de que se ejercite una acción de cesación en el marco de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Estamos ante casos de legitimación extraordinaria tasada, en que la ley permite el ejercicio en el proceso de derechos ajenos en razón a una cierta representación social, al mismo tiempo que trata de proteger los intereses de la parte “débil” del mercado (los consumidores) frente a las empresas y prestadores de servicios que ponen en el mercado los bienes y servicios como una actividad de las mismas. Con todo, la legitimación desde un punto de vista procesal en estos casos será siempre un tema que se ha de considerar *in limine litis* pues la entidad que pide la tutela judicial en base a esa clase de legitimación debe acreditar en y con la demanda que reúne los requisitos que exige la norma que la habilita.

5.6. La tutela colectiva de intereses individuales y su determinación

Reconocida la legitimación colectiva, el siguiente paso es plantearse la posible tutela colectiva de intereses individuales entre la que puede incardinarse la pretensión de indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el art. 12.2

LCGC. Ni la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni la Ley de Competencia Desleal, ni la Ley General de Publicidad, ni la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, amparaban esa posibilidad.

El legislador español ha dado un paso más, tanto desde el tenor del párrafo segundo del art. 12.2 LCGC, como tras la aprobación de la LEC 2000: en esta última podemos encontrar una gradación en la intervención de las asociaciones atendiendo a las clases de intereses en juego: generales, colectivos y difusos (vid. el transcrito art. 11 LEC). Lo que lleva a que, además, se puedan ejercitar individualmente las pretensiones resarcitorias e indemnizatorias que estimen los dañados o perjudicados.

En los citados artículos de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* y de la Ley de Enjuiciamiento Civil se establecen otras posibilidades de tutela colectiva, pues el art. 12.2 LCGC permite reclamar la devolución de cantidades cobradas con ocasión de los contratos firmados con cláusulas declaradas nulas y la indemnización por los daños y perjuicios causados a personas o consumidores concretos en número determinado o determinable, como dice el art. 11 LEC. El TRLGDCU, tras la modificación sufrida por el Ley 3/2014, también permite acumular a la acción de cesación las acciones dirigidas a obtener esas devoluciones e indemnizaciones (art. 53). Es decir, estamos ante intereses colectivos vinculados a un número determinado o determinable de personas.

6. Legitimación activa para el ejercicio de acciones colectivas de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

6.1. Introducción

El art. 16 LCGC regula la atribución de legitimación activa para el ejercicio de las acciones colectivas que tipifica a personas y entidades concretas. La norma en esta materia también transpone a nuestro derecho la Directiva 93/13/CEE que, en su considerando (no numerado) 22, se refería a las personas u organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional tengan un interés legítimo en la protección del consumidor, deben poder presentar un recurso contra las cláusulas abusivas. El art. 16 LCGC, clave en la materia, ha sido objeto de reforma por la disposición final 6ª-4 LEC 2000, que le añade un nuevo párrafo, como consecuencia de haber derogado el art. 18.1 LCGC¹⁷⁶. Finalmente, la Ley 39/2002 ha dado la última redacción a dicho art. 16 LCGC, para añadir, como entidades legitimadas para el ejercicio de las acciones colectivas, a las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores.

Los autores han tenido en general una reacción inicial negativa hacia la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, destacando sus aspectos menos positivos tanto desde la técnica legislativa empleada como de los criterios que el legislador ha seguido para regular las condiciones generales¹⁷⁷. La crítica se extendió también a los aspectos procesales de la Ley, o más bien a las soluciones adoptadas para solventar esos aspectos, entre ellos el relativo a las personas y entidades a las que atribuir la legitimación activa para el ejercicio de las acciones colectivas. También fue merecedor de crítica el hecho de que muchas de sus

¹⁷⁶ El derogado art. 18.1 de la LCGC, decía: *Las entidades legitimadas de conformidad con el artículo 16 de la presente Ley podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno, para la defensa de los intereses que representan.*

¹⁷⁷ PAGADOR LÓPEZ J., “La Ley 7/1998, de 13 de Abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación”, *Derecho de los Negocios*, nº 97/1998; RODRÍGUEZ ARTIGAS F., “El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente”, *Derecho de los Negocios*, nº 86/1997; y “El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998 de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación”, *Anuario de la Fundación Ciudad de Lleida* nº 9/1998.

disposiciones de carácter procesal han sido derogadas o modificadas sustancialmente por la Ley de Enjuiciamiento Civil, que da nuevas soluciones e introdujo criterios divergentes con los que se contenían en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Al concretar la legitimación extraordinaria para el ejercicio de las acciones colectivas, el art. 16 LCGC mantuvo el concepto de legitimación en sentido amplio, siguiendo la distinción que la jurisprudencia en ese momento denominaba legitimación “*ad processum*” y legitimación “*ad causam*”, aludida en páginas anteriores (y respectivamente referidas, la primera a la capacidad procesal o capacidad de obrar y, la segunda, a la vinculación entre cada parte y el concreto objeto del proceso). Así, cuando la norma se refiere a las asociaciones de consumidores y usuarios “que reúnan los requisitos establecidos en la LGDCU”, está refiriendo la aptitud para ostentar la legitimación activa al cumplimiento de unos determinados requisitos, de los cuales depende que esas asociaciones tengan capacidad para ejercitar esas acciones colectivas además de estar legalmente constituidas, sin lo cual carecerían de personalidad jurídica. Igualmente se refiere a la capacidad de obrar cuando menciona que los Colegios profesionales estén “*legalmente constituidos*”.

En resumen, la particularidad de la legislación sobre condiciones generales (como especie dentro del género de la legislación sobre consumidores y usuarios), es que la atribución de capacidad para ser parte a las entidades enumeradas en el art. 16 LCGC no es genérica (como la que corresponde, por ejemplo, a la persona física o a la persona jurídica legítimamente constituida, según lo dispuesto en el Código Civil), sino constreñida específicamente a la tutela de los derechos e intereses colectivos que en ella se reconocen.

6.2. *Las entidades legitimadas que enumera el art. 16 LCGC*

El art. 16 LCGC determina como “*entidades*” legitimadas las siguientes:

1) Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.

La norma equipara asociaciones y corporaciones, sin atender a que las primeras tienen un origen jurídico privado y las segundas jurídico público, pues ello carece de consecuencias a efectos de la legitimación. Por el contrario, sólo impone que “*estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros*”, lo que nos sitúa ante intereses plurindividuales, aunque no estrictamente colectivos, pues no se predicen de todos los sujetos que pertenecen a esa actividad, si no que se refiere a los empresarios, profesionales y agricultores que sean “*miembros*” de la asociación o corporación legitimada para el ejercicio de las acciones colectivas.

Obviamente tales asociaciones o corporaciones deberán estar debidamente constituidas cumpliendo los requisitos exigidos para tener personalidad jurídica y ser persona jurídica (art. 6.1-3º LEC) según las respectivas leyes reguladoras, además de acreditar que los intereses que defienden están afectados por las condiciones generales objeto del proceso. Es decir, tienen un interés legítimo, bien para que se eliminen las condiciones generales que se reputen nulas o se deje de recomendar su uso, en caso de ejercicio de las acciones colectivas de cesación o retractación, bien para que se declare que una cláusula concreta debe ser considerada condición general de la contratación en el caso de que se ejercite la acción colectiva declarativa.

Ese interés legítimo -del que nos ocupamos seguidamente- se convierte en la única limitación respecto a la legitimación de las entidades que relaciona el art. 16 LCGC¹⁷⁸.

2) Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. La norma es clara, al ser instituciones con funciones precisas en la esfera privada y en la pública determinadas por la normativa específica que las regula. No obstante, los jueces y tribunales reconocerán la capacidad de la entidad habilitada para ser parte sin perjuicio de examinar si la finalidad y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

3) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984 de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en la actualidad, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, Título II Libro primero, en especial arts. 23, 24, 33 y 37) o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.

La referencia a la Ley 26/1984 confirma la previsión contenida en su art. 20.1, el cual facultaba ya a esas asociaciones para el ejercicio de acciones, a la vez que se cumple con lo que dispone el art. 7.2 de la Directiva 93/13/CEE, pero al extender la legitimación al ejercicio de “*todas*” las acciones colectivas, no sólo a la de cesación, transpone también la Directiva 98/27/CEE que es posterior a la Ley 7/1998, al mismo tiempo que se coordina con el art. 11.3 LEC que atribuye la legitimación a tales asociaciones siempre que “*conforme a la Ley sean representativas*”. La redacción originaria anterior de este apartado del art. 16 LCGC exigía no sólo que estas entidades estuvieran legalmente constituidas sino que,

¹⁷⁸ En el mismo sentido, RIBA TREPAT C., *Comentarios a la Ley de condiciones Generales de la Contratación* (coord. Arroyo Martínez y Miquel Rodríguez), Tecnos, Madrid 1999, p. 146.

además, tuvieran estatutariamente encomendada la defensa de los consumidores y usuarios. La nueva redacción de este apartado prescinde de ese requisito e introduce la exigencia de cumplir los requisitos establecidos en la LGDCU o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores, con lo que distingue entre las asociaciones que tienen ámbito estatal y las que tienen ámbito autonómico.

La jurisprudencia de las Audiencias se ha pronunciado sobre la legitimación de este tipo de entidades, pudiendo distinguir dos momentos distintos: uno anterior y otro posterior al vigente Texto Refundido de la LGDCU. Con anterioridad al TRLGDCU. Al tratar sobre la legitimación de este tipo de entidades y en concreto con referencia al requisito de “*su constitución legal*”, destacamos la SAP Madrid (11ª), de 21 de febrero de 2006 (AC- 833), que señala unos criterios que reitera los que expuso la misma Sección en la sentencia de fecha 10-10-2002¹⁷⁹ (AC-1417), dice que tal requisito “*viene determinado en la ley especializada por razón de la materia, esto es, en la LGDCU, concretamente en su art. 20 (hoy art. 23.1 TR LGDCU), donde se establece que las asociaciones de consumidores y usuarios se constituirán con arreglo a la Ley de Asociaciones, teniendo como finalidad las actividades a continuación reseñadas en el mencionado precepto. Este requisito concurre en la actora, por haberse constituido con arreglo a la Ley citada, estando inscrita en el Registro del Ministerio del Interior y visados sus Estatutos por resolución de la Dirección General Política Interior, en consecuencia es clara su constitución legal, en los términos exigidos por la propia norma reseñada.*”

¹⁷⁹ Dictadas ambas en el famoso asunto de las cláusulas de redondeo de los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades financieras. Criterios confirmados por el TS en sentencias de 15 de julio de 2010 (RAJ-6049) y 29 de diciembre de 12-2010 (RAJ 2011-148). Criterio similar aplica la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010 (AC-1550) y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de León de 11 de marzo de 2011 (AC-179) dictada en otro asunto de parecida repercusión relativo a las cláusulas “*suelo*” y “*techo*” de los intereses de los préstamos hipotecarios concedidos por Bancos y Cajas.

Estas sentencias que comentamos recogen el mismo criterio del Tribunal Constitucional, que había establecido que el ejercicio de acciones no puede ser calificado, en ningún caso, como un beneficio sino que, por el contrario, constituye el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24 CE¹⁸⁰.

Las sentencias destacan el otro requisito habilitante que exigía el art. 20 LGDCU de 1984, al igual que el art. 23.1 y 37 del TR de 2007 (y también se exigía en la anterior redacción del nº 3 del art. 16 LCGC): se refieren a la previsión estatutaria de la asociación demandante, consistente en la defensa de los derechos e intereses legítimos de los usuarios de los servicios prestados, lo que la habilita a constituirse *“en medio adecuado y eficaz en la defensa de consumidores y usuarios, de acuerdo con el art. 7, apartados 1 y 2 de la Directiva 93/13/CEE de 5 de Abril”*.

Finalizan las sentencias que comentamos señalando que la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas que describen *“está íntimamente relacionada con la tutela judicial y el acceso a la jurisdicción, sin necesidad de incardinarla dentro de los supuestos de la acción popular a que se refiere el art. 125 de la CE, para el proceso Penal”*. A este respecto, señalan que las normas procesales de la jurisdicción civil han ampliado *“los supuestos de legitimación individual y colectiva en esta específica materia de consumidores y usuarios, como puede colegirse de los arts. 13 y 15 LEC”*.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado con reiteración que el legislador puede limitar el acceso a la jurisdicción, pero que las normas por las que lo haga deben ser de carácter legal y no reglamentario y, además, deben ser interpretadas restrictivamente. En este sentido, la STC 15/1989, de 26 de enero (RTC 1989\15), fundamento jurídico IV in fine, se manifestó en el sentido de

¹⁸⁰ SSTC 21/1987 de 25 de febrero; 47/1988 de 21 de mayo; y 164/1990 de 29 de octubre, entre otras.

otorgar legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los intereses colectivos y difusos en los casos contemplados en la norma, sin restricciones a todas las asociaciones de consumidores y usuarios que se encuentren legalmente constituidas.

El art. 20, aptdo. 3, LGDCU preveía también la inscripción de estas asociaciones en un libro registro que se llevará en el Ministerio de Sanidad y Consumo (Instituto Nacional de Consumo) *“para poder gozar de cualquier beneficio que les otorgue la presente Ley”* (la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y disposiciones concordantes). Requisito similar lo exige el vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, arts. 33 y 37.

Con la entrada en vigor del TRLGDCU, este último requisito ha pasado a ser obligatorio, ya que las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal han de estar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios del Instituto Nacional de Consumo (art. 33.1 TR LGDCU). La inscripción es constitutiva, por lo cual si no se da cumplimiento a esta exigencia legal se carece de la condición de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, es decir, de capacidad para ser parte y, consecuentemente, de legitimación procesal¹⁸¹. Requisito que no se exige para las que desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una comunidad autónoma.

Ante la necesidad de cumplir con el requisito expresado, es necesario tener la condición de Asociación de Consumidores y Usuarios para ostentar el derecho a

¹⁸¹ En este sentido se pronuncia la SAP Sevilla (5ª) de 7 de octubre de 2011 (AC-1569), que exige que esa condición de estar inscrita la asociación demandante en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios del Instituto Nacional de Consumo no solo se exige que lo esté en el momento de presentar la demanda sino también durante el curso del proceso, perdiendo la legitimación si es excluida de ese Registro por resolución judicial firme. Igual criterio sigue la SAP de Alicante (8ª) de 2 de febrero de 2012 (AC-1479). Con posterioridad, reitera ese requisito la STS1ª de 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088) apartado 71.

ejercitar las acciones colectivas. Para este fin es preceptiva la inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios del Instituto Nacional de Consumo, sin lo cual se carece de la condición de parte legítima, cuando se trate de asociaciones de ámbito estatal. La exclusión de ese Registro, en los casos en que proceda, implica la pérdida de capacidad procesal para el ejercicio de este tipo de acciones al no encuadrarse entre las entidades legitimadas activamente por la LCGC para el ejercicio de las acciones colectivas que regula¹⁸².

Estas asociaciones gozan del beneficio de justicia gratuita cuando la tutela solicitada guarde relación con condiciones generales aplicables a contratos que tengan por objeto productos o servicios de uso común ordinario y generalizado (art. 2.2 LGDCU, hoy art. 37 del TR), beneficio que se concederá en la forma prevista en la Ley 1/1996 de 10 de enero reguladora de la asistencia jurídica gratuita.

4) El Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.

Se trata de entidades públicas a las que se legitima para el ejercicio de las acciones colectivas, lo que viene exigido también por las Directivas citadas en el apartado anterior. Esta legitimación es de carácter general y la norma no exige ningún otro requisito específico para que puedan ejercitar las acciones del art. 12 LCGC, salvo el referido del interés legítimo. La representación en juicio del

¹⁸² En este sentido, la citada STS1ª de 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088) apartado 72. La constitucionalidad de esta exigencia ha sido declarada por las STC 15/1989 de 26 de enero (RTC-15); 133/1992 de 2 de octubre (RTC-133), según las cuales la exigencia “de la necesaria inscripción de las asociaciones y usuarios en un libro-registro llevado en el Ministerio de Sanidad y Consumo no puede estimarse inconstitucional, dado que esa exigencia o carga se vincula directamente a la posibilidad de acceder a los beneficios que prevea la propia Ley y las disposiciones reglamentarias y concordantes”, y ha sido admitida por la sentencia de esta Sala (STS1ª 15 de julio de 2010, RAJ-6049).

Instituto Nacional de Consumo la ejerce la Abogacía del Estado y las de las Comunidades y Corporaciones sus respectivos servicios jurídicos.

5) Los colegios profesionales legalmente constituidos (colegios de abogados, arquitectos, médicos, etc.), que tienen el carácter de Corporaciones públicas sectoriales de base privada y que tienen encomendadas determinadas funciones público-administrativas, además de la defensa del interés propio de quienes la integran, aunque su legitimación podía derivarse del número 1º que se refiere a las corporaciones. La legitimación de los Colegios profesionales, como la del Ministerio Fiscal a la que seguidamente nos referimos, se explica con argumentos bastante endebles pues sus funciones se enmarcan en campos distintos a la actividad mercantil y al control del mercado.

6) El Ministerio Fiscal.

No se incluía al Ministerio Fiscal en el Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Fue justificada su inclusión en la lista por el Grupo Parlamentario Catalán al plantear una enmienda en este sentido que fue admitida, sobre la base de la defensa del interés general que le encomienda el art. 124 de la CE. Se trata por tanto de una función que podría encuadrarse en el art. 3.6 de su Estatuto Orgánico (aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre) que le faculta para tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social en los procesos “*que establezca la ley*”.

El Ministerio Fiscal, podría incluso actuar a instancia de parte si hacemos una interpretación analógica del art. 5º del mismo Estatuto que le habilita para recibir denuncias y remitirlas a la autoridad judicial, pues tal precepto es claro que está pensado para procesos penales. En este caso la solicitud o denuncia de parte sería dar a conocer al Fiscal la utilización o recomendación de cláusulas que se reputan nulas; y su comprobación o “estimación” por el Fiscal tendría como consecuencia la

interposición de la acción colectiva correspondiente. Con todo, como concluye Gascón Inchausti, la salvaguarda de los intereses generales es la razón última de la presencia del Fiscal en los procesos colectivos, justificada además por el hecho de que los particulares carecen de legitimación para su ejercicio¹⁸³.

7) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Según esta norma, los jueces y tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

Esta legitimación se incorpora para dar cumplimiento al art. 4 de la Directiva 98/27/CEE, y también se incorpora a la Ley de Enjuiciamiento Civil añadiendo un número, el 8º, al art. 6.1 con la misma redacción, y al art. 11 se le añade un apartado, el 4, por el que se legitima al Ministerio Fiscal y a las entidades del art. 6.1 nº 8º referidas, para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios.

El art. 16 LCGC transpone en esta materia el art. 7.2 de la Directiva 93/13/CEE, como ya se ha indicado, que impone a los Estados miembros que velen porque, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan “*medios adecuados*” y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, incluyendo esos medios disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos

¹⁸³ En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI F., “Comentario al art. 16”, en *Comentarios a la Ley de Condiciones [...]*, cit., p. 704.

competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la utilización de tales cláusulas.

El sistema descrito produce algunas disfunciones al no ser la Ley de Condiciones Generales de la Contratación una norma sobre cláusulas abusivas (tales cláusulas se concretan en el art. 82 TRLGDCU) en la contratación con consumidores sino sobre condiciones generales de la contratación, que es un concepto más amplio, por lo que incluye como legitimados activamente además de las asociaciones de consumidores otros organismos y corporaciones.

Es claro que la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* pretende instrumentar medios eficaces de defensa frente a la utilización ilícita de las condiciones generales contrarias a la ley en el ámbito de la contratación, sea en contratos de consumo o no, con la doble posibilidad de ejercicio de acciones individuales y acciones colectivas que tienen su propia legitimación procesal que la Ley de Condiciones Generales de la Contratación separaba de forma tajante, sin permitir acumular, y que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil modificando ese criterio posibilita unir.

Lo más significativo del art. 16 LCGC es la no atribución de legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas a los directamente interesados como parte del contrato, es decir, a los adherentes y consumidores a título particular, que no pueden interponer acciones de ese tipo ya que la esencia de la acción colectiva es que afecta o puede afectar a una pluralidad de contratos no a un contrato singular.

6.3. El sistema de lista cerrada del art. 16 LCGC

Tras las sucesivas reformas sufridas, el art. 16 LCGC concreta las entidades que tienen legitimación activa para el ejercicio de las acciones colectivas dirigidas a eliminar del tráfico las cláusulas ilícitas, previa su calificación de nulidad en base a los criterios previstos en el art. 8 LCGC y disposiciones a las que remite tal precepto. La Ley opta por un sistema amplio de entidades legitimadas, pero limitado a las personas y entidades que menciona el citado art. 16.

Este sistema de lista cerrada impide, por ejemplo, que los grupos de afectados por el hecho dañoso a que se refiere el art. 11.2 LEC (antes mencionado) puedan ejercitar las acciones colectivas de la LCGC; sólo podrán ejercitar las individuales, o como intervinientes (art. 15 LEC) en los procesos iniciados por las personas o entidades del art. 16 LCGC que seguidamente indicamos. A mayor abundamiento, se debe señalar que la última redacción dada al art. 16 LCGC por la Ley 39/2002 mantiene la relación cerrada de las entidades legitimadas para el ejercicio de acciones colectivas.

En todo caso, estamos ante una legitimación de carácter extraordinario establecida en una ley especial que se enmarca en el párrafo segundo del art. 10 LEC que establece como excepción, a la regla general de que tienen la consideración de parte legítima los que actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, aquellos casos en que por ley se atribuya la legitimación a persona distinta del titular. El carácter de norma especial obliga a su aplicación con preferencia a las normas generales sobre legitimación colectiva previstas en la LEC (art. 11), y también a una interpretación restrictiva de la misma.

6.4. Incidencia de la LEC en el sistema de lista cerrada

La Ley de Enjuiciamiento Civil introdujo modificaciones que alteran lo inicialmente previsto por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en

materia de legitimación activa. De una parte, el párrafo segundo del art. 13.1 LEC, permite que cualquier consumidor o usuario pueda *intervenir* en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquellos. Esto, unido a la nueva disposición adicional cuarta de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, introducida por la vigente Ley procesal (disposición final sexta nº 5), permite disipar cualquier duda acerca de la intervención de los consumidores individuales, y en general de cualquier adherente.

Esta disposición adicional 4ª LCGC, añadida por la disposición final 6ª-5 LEC, permite extender las referencias a consumidores y usuarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil a todo adherente (sea o no consumidor) en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Además, la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé un especial sistema de publicidad y llamamiento de aquellos que tengan la condición de perjudicados, como se detallará al comentar el art. 15 LEC, cuando habla de “*publicidad e intervención*”.

En tercer y último lugar, la Ley procesal parece admitir también no sólo la acumulación de procesos en que se ejerciten acciones individuales y colectivas, sino incluso la propia acumulación de acciones ya que, por un lado, se deroga el art. 14 LCGC, que no contemplaba la acumulación de acciones individuales a las colectivas, con lo que en la materia regirán las normas generales (arts. 71 y sgtes. LEC). Por ello, desde la entrada en vigor de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, es posible la acumulación de acciones y de procesos que antes no contemplaban los arts. 14 y 18 LCGC. Por otro lado, la reforma del art. 12.2 LCGC, efectuada por la LEC, permite acumular a la acción de cesación la accesoria de devolución de cantidades y la de indemnización, que puede ser la instada por los consumidores y usuarios a título individual al amparo del art. 13.1 LEC.

Las modificaciones expresadas de la LEC ha llevado a algunos autores a la conclusión de que el sistema del art. 16 de la LCGC no es un sistema cerrado de legitimación sino que hay que admitir que dicha norma tiene un carácter meramente enunciativo y que las acciones colectivas de la LCGC puedan ser ejercitadas por otras personas o entidades (por ejemplo: grupos de adherentes afectados y entidades legalmente constituidas de la LEC, sindicatos, fundaciones, etc.) no relacionadas en tal precepto¹⁸⁴.

A nuestro juicio, tal interpretación fuerza considerablemente la redacción del artículo 16 de la LCGC que claramente establece una legitimación extraordinaria restringida, que por el mismo carácter de precepto excepcional no debe ser objeto de una interpretación extensiva, máxime si tenemos en cuenta que las acciones colectivas de la LCGC tratan de tener efectos en todos los contratos que pueda concertar el predisponente, sin perjuicio de las acciones individuales que tienen los propios contratantes. Por otra parte, en otras leyes en las que se ha regulado la acción de cesación también se restringe la legitimación extraordinaria como seguidamente veremos.

6.5. El sistema de lista cerrada en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

En la regulación de la legitimación activa hay que destacar el criterio de la Ley 39/2002 que introdujo la acción de cesación en la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. La Ley 39/2002 añadió el art. 10 ter a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establece también un criterio de lista cerrada para el ejercicio de esa acción de cesación. Esta

¹⁸⁴ BARRÓN DE BENITO J.L., *Ley sobre condiciones generales* [...] cit., p. 73. RIBA TREPAT C., *Comentarios a la Ley de condiciones* [...] cit., pp. 146-147. GARCÍA VILA M., *Las condiciones generales de la contratación* [...], cit., pp. 186 y ss.

regulación o criterio de lista cerrada pasa al vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto legislativo 1/2007), artículos 53 a 55.

Según el art. 54.1 TRLGDCU, están legitimados para ejercitar la acción de cesación, frente a conductas contrarias a lo dispuesto en la presente norma en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantía de productos y viajes combinados, las siguientes personas o entidades:

a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

c) El Ministerio Fiscal.

d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas”.

Los Jueces y Tribunales han de aceptar dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

Todas las entidades enumeradas pueden personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de

los intereses que representan, de conformidad con el art. 54.2 TRLGDCU. Para el ejercicio de la acción de cesación frente al resto de conductas de empresarios contrarias a la presente norma que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios, se regirá por lo dispuesto en el art. 11, apartados 2 y 3, LEC (art. 54.3 TRLGDCU). Están legitimados, asimismo, para el ejercicio de esta acción: a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios; y b) El Ministerio Fiscal.

Finalmente, el art. 55 TRLGDCU introduce la posibilidad de que determinadas entidades como el Instituto Nacional de Consumo y los órganos y entidades correspondientes de las comunidades autónomas y corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios, así como las asociaciones de consumidores y usuarios presentes en el Consejo de Consumidores y Usuarios, puedan ejercitar acciones de cesación en otro Estado miembro de la Comunidad Europea, cuando estén incluidos en la lista publicada en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas”.

6.6. El sistema de lista cerrada en otras leyes

Un paso más en la determinación del marco legal vigente en materia de la acción de cesación y legitimación para su ejercicio lo suponen la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, *por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*, y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, *por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*,

suponen un paso más en la determinación del marco legal vigente en materia de la acción de cesación y legitimación para su ejercicio.

La Ley 3/ 2004 dedica el art. 9 a las cláusulas abusivas que se pueden pactar sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora en el pago de las operaciones comerciales, y considera nulas las que sean abusivas al regular plazos de pago y tipos de interés de demora distintos a los establecidos en los arts. 4 y 7 de dicha Ley en perjuicio del acreedor sin la debida justificación atendiendo a los factores o circunstancias del caso. Trata de evitar que el deudor tenga una liquidez adicional a expensas del acreedor o que el contratista principal imponga a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas.

El citado art. 9¹⁸⁵, se refiere expresamente a las condiciones generales de la contratación declarando igualmente nulas las cláusulas abusivas expresadas contenidas en este tipo de contratos. Y en su apartado 4, además de remitir a las acciones de cesación y retractación de la Ley 7/1998 (LCGC) para obtener la eliminación de tales cláusulas abusivas, habilita para ejercitar esas acciones a las siguientes entidades:

a) Las asociaciones, federaciones de asociaciones y corporaciones de empresarios, de profesionales, de trabajadores autónomos y de agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.

b) Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

c) Los colegios profesionales legalmente constituidos.

Estas entidades podrán personarse, en nombre de sus asociados, en los órganos jurisdiccionales o en los órganos administrativos competentes para solicitar

¹⁸⁵ La redacción actual del art. 9 fue dada por la Ley 15/2010 de 5 de julio, que modificó la redacción anterior del precepto, entre otros.

la no aplicación de tales cláusulas o prácticas, en los términos y con los efectos dispuestos por la legislación comercial y mercantil de carácter nacional. Sin perjuicio de lo anterior, esas entidades también podrán personarse ante los órganos referidos y asumir el ejercicio de acciones colectivas de cesación y de retractación en defensa de los intereses de sus asociados frente a empresas incumplidoras con carácter habitual de los períodos de pago previstos en esta Ley, en los contratos que no están incluidos en el ámbito de la Ley 7/1998 de 13 de abril (LCGC), de conformidad con el art. 9.5 de la Ley 3/2004. Con esta norma se legitima a dichas entidades para ejercitar las acciones colectivas referidas sin que exista un contrato con condiciones generales utilizado por un empresario o profesional (que no estaría incluido en el ámbito de la Ley 7/98), pero para esa legitimación extraordinaria ha de darse la circunstancia que las empresas incumplan con carácter habitual los períodos de pago previstos en la Ley 3/2004.

La Ley 2/2009 regula la obligación de transparencia de las empresas cuando utilicen condiciones generales con los consumidores, además de la acción de cesación y las personas legitimadas para ejercitar esa acción, en sus arts. 4 y 11. De acuerdo con esos preceptos, las empresas deberán tener a disposición de los consumidores las condiciones generales de la contratación que utilicen y los consumidores no tendrán que afrontar ningún gasto ni asumir compromiso alguno por su recepción. Esta información deberá estar disponible en la página web de las empresas, si éstas disponen de ella, y en los establecimientos abiertos al público u oficinas en que presten sus servicios (art. 4 Ley 2/2009).

El art. 11, por su lado, regula la acción de cesación contra las conductas contrarias a esta Ley que lesionen los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, y las personas legitimadas para su ejercicio. De acuerdo con el apartado 2, la acción de cesación se dirige a obtener *“una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a esta Ley y a prohibir su reiteración futura”* o a prohibir *“la realización de una conducta cuando ésta haya*

finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato”.

Están legitimados para ejercitar la acción de cesación dentro del ámbito de esta ley (art. 11.3 de la Ley 2/2009): a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios; b) las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios; y c) El Ministerio Fiscal.

Todas estas entidades pueden personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan.

Como se puede observar, estas normativas recientes se inclinan también por el sistema de lista cerrada para atribuir la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas (incluso las de la Ley 7/98), por lo que vale lo indicado antes sobre la justificación de limitar la legitimación activa en los procesos en que se ejerciten las acciones colectivas de la Ley 7/1998 a las entidades reseñadas, dado su especial interés en proteger la legalidad de las cláusulas en esa materia para lo que se habilita esta legitimación extraordinaria.

7. Legitimación e interés en el demandante.

Ostentar la legitimación activa no es suficiente para el éxito de la acción colectiva. Aunque la Ley no lo diga expresamente, es preciso que la entidad que ejercita la acción tenga un interés en la cesación, retractación o declaración que

solicita frente al demandado. De no exigirse ese interés, estaríamos ante una acción muy parecida a la popular ya que no habría que acreditar más interés que la defensa objetiva de la legalidad para pedir la tutela. Como señala Montero Aroca¹⁸⁶, la exigencia del interés trata de evitar que se formulen pretensiones que no respondan a la existencia de verdadero conflicto, pues la jurisdicción está para resolver problemas reales a través del derecho objetivo no para emitir dictámenes o hacer declaraciones genéricas acerca de situaciones hipotéticas.

El interés ha de acreditarse para que los legitimados del art. 16 LCGC puedan ejercitar con éxito las acciones colectivas, tiene que ser un interés concreto, no genérico de defensa del tráfico jurídico y económico, que hace necesaria la decisión judicial. Sobre este particular, el Tribunal Constitucional exige que ese interés sea específico y cualificado, que habilite y legitime para solicitar una tutela frente al que ha incumplido su obligación o es previsible que no la cumpla (STC 194/1993 de 14 de junio).

La exigencia del requisito del interés impide ejercitar las acciones de la LCGC cuando la entidad que lo hace no pertenezca al sector económico que desarrolla la actividad profesional o empresarial, o cuando las condiciones generales no se den en el área geográfica o territorial en que las entidades legitimadas tengan estatutariamente limitado su campo de acción, o cuando se haga un uso fraudulento de tales acciones al no responder a una auténtica necesidad de tutela por parte del peticionario. El interés, no obstante, no se debe confundir con la legitimación pues constituye un requisito autónomo y distinto (cabe que el actor tenga legitimación y no concurra interés y viceversa): en este punto compartimos el criterio de

¹⁸⁶ MONTERO AROCA J., *De la legitimación en el proceso* [...], cit., Editorial Bosch, Barcelona 2007, p. 169.

Chiovenda¹⁸⁷ quien enumeraba como “*condiciones de la acción*”: existencia de un derecho subjetivo o de una situación de eficacia jurídica análoga, la legitimación activa del demandante y pasiva del demandado, el interés legítimo y la accionabilidad o conformidad con el ordenamiento de la tutela que se pretende. Junto con el interés también ha de acreditarse que el actor se encuentre en una situación tal que sin la declaración judicial pueda sufrir un daño, daño que tiende a evitar la declaración del tribunal. En similares términos Calamandrei habla de los “*los requisitos constitutivos de la acción*”¹⁸⁸.

El Tribunal Constitucional (STC 20/1993 de 18 de enero) sostiene que en el momento de iniciarse la litis debe justificarse la presencia de una incertidumbre (incertidumbre que Chiovenda¹⁸⁹ exigía que fuese objetiva, jurídica y actual o inmediata), y la STC 71/1991 de 8 de abril indica que debe causar un perjuicio o daño jurídico al actor, una turbación que podría evitarse con el pronunciamiento mero declarativo. Finalmente ha de hallarse en conexión con una actitud positiva o negativa del demandado.

El Anteproyecto de la LEC 2000 en su art. 5.1 se refería al requisito del interés diciendo que “*quien pretenda la tutela de un tribunal ha de poseer causa o interés legítimos*”, pero tal disposición se excluyó de la redacción definitiva de dicho precepto sin conocer una explicación o motivo de su desaparición. Los preceptos que hacen referencia al interés legítimo son, en el texto legal vigente, los arts. 413 y 22 de la LEC, en donde se previene la terminación del proceso como consecuencia de la pérdida del interés. También habla la LEC del “*interés directo y legítimo*” al regular la intervención procesal (art. 13.1). En esta sede, el interés es

¹⁸⁷ CHIOVENDA G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1940 (trad. E. Gómez-Orbaneja); *Ensayos de Derecho Procesal*, vol I, 1.949; y “Azioni e sentenze di mero accertamento”, RTDPC, 1933.

¹⁸⁸ CALAMANDREI P., *Instituciones de derecho procesal civil*, (trad. al español de Sentis Melendo), vol. I, Buenos Aires 1996, p. 257.

¹⁸⁹ CHIOVENDA G., *Instituciones de Derecho Procesal* [...], cit.

requisito que hay que exigir a los sujetos originariamente no demandantes o demandados que pretendan intervenir en el pleito.

Algún autor, aún reconociendo que la existencia de interés al formar parte del objeto del proceso ha de ser resuelto en sentencia, recuerda que el interés no debe confundirse con el fondo del asunto en sí, sino con la afirmación y, en su caso, demostración de que el fondo del asunto es “*litigioso*”, “*controvertido*” entre las partes y, por ende, debe ser resuelto por los órganos jurisdiccionales¹⁹⁰.

8. Tratamiento procesal de la legitimación activa.

Se ha señalado que en los procesos en que se ejercitan acciones colectivas de la LCGC estamos ante supuestos de legitimación extraordinaria. En ellos, la legitimación es establecida y concedida de forma expresa por la ley y no porque los sujetos enumerados en el art. 16 LCGC comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica que busquen afirmar un derecho subjetivo frente al demandado. La legitimación deriva del hecho objetivo de la inclusión del demandante en la lista cerrada del art. 16 LCGC, lo que obliga a acreditar ese hecho con la demanda y puede el tribunal valorarlo *in limine litis*.

Por lo que se refiere al tratamiento procesal de la legitimación activa en los procesos en que se ejercitan acciones colectivas de la LCGC, en primer lugar, el actor debe acreditar, en y con la demanda, que es alguna de las entidades del art. 16 LCGC, aportando, en su caso, los documentos acreditativos (p.ej. copia de los estatutos de los que se deduzca que la asociación tiene encomendada la defensa de los intereses de sus miembros o de los consumidores y usuarios, su inscripción en

¹⁹⁰ Para mayor detalle sobre los efectos de la desaparición del interés legítimo en el proceso, GASCÓN INCHAUSTI F., *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevinida del interés*, Civitas, Madrid 2003.

los registros preceptivos, acuerdo del órgano competente para decidir el ejercicio de la acción, etc.), del mismo modo que ocurre con los documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya y los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden (arts. 264 y 265 LEC). En principio, la regla sobre aportación de documentos de carácter procesal en los procesos sobre acciones colectivas de la LCGC no difiere en demasía de lo que acontece en el régimen general de aportación de documentos en la LEC.

Presentada la demanda, debe el tribunal controlar de oficio tanto la capacidad del demandante (art. 9 LEC) como su legitimación activa, de forma que si constata que no se trata de alguna de las entidades del art. 16 LCGC podría rechazar la tramitación de la demanda o requerir al actor para que subsane el vicio o defecto, si fuera subsanable (arts. 231 LEC). El control de oficio de la legitimación es admitido por la jurisprudencia con carácter general, superada ya la vieja doctrina que impedía hacerlo. En este sentido la STS1ª de 20 de octubre de 2003 (RJA-7759) afirma que *“el examen de la legitimación es una cuestión que el órgano judicial puede abordar de oficio, según doctrina reiterada de esta Sala”*, citando varias sentencias con el mismo criterio¹⁹¹. Todo ello referido al momento en que se produce la litispendencia (art. 410 LEC), es decir, referirse a la situación de hecho y de derecho existente en el momento de interposición de la demanda, en el supuesto de que la misma fuese admitida (SSTS1ª de 4 de noviembre de 2011 (RAJ-1249), 21 de marzo de 2012 (RAJ-5571) y 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088) apartado 50).

El demandado puede poner de manifiesto la falta de la legitimación extraordinaria del art. 16 LCGC en la contestación a la demanda, para su resolución en la audiencia previa en el juicio ordinario, o antes de entrar a juicio en el verbal

¹⁹¹ Las sentencias que cita en apoyo de la expresión *“doctrina reiterada de esta Sala”* son las SSTS1ª de 28 de diciembre de 2001 (RAJ 2002-3094), 24 de mayo de 2002 (RAJ 2002-6426) y 30 de mayo de 2002 (RAJ 2002-4576), y todas las que en ellas se citan.

(art. 416.1, art. 424 y art. 443.2 LEC), decidiendo el tribunal después de escuchar a las partes.

Tanto el control de oficio indicado como la alegación del demandado, en los procesos que nos ocupan, se enmarcan en el párrafo segundo del art. 10 LEC (que se refiere a los casos en que por *“ley se atribuye la legitimación”*). Ello permite plantear al principio de la litis si concurren en el actor los requisitos que la ley exige para atribuirle la legitimación, y tienen por objeto evitar trámites innecesarios, como sería llevar a su fin todo el proceso en cuanto a la legalidad de las cláusulas contractuales cuestionadas, que obligaría a esperar a sentencia para decidir sobre la existencia o no de dichos requisitos de legitimación, que de ser apreciada su falta impediría al tribunal pronunciarse sobre la legalidad de las cláusulas contractuales.

No obstante lo anterior, nada impide que, si aprecia el tribunal al final del proceso la ausencia de legitimación, dicte sentencia desestimatoria con fuerza de cosa juzgada respecto a la persona o entidad que actuó con falta de legitimación, pero no en cuanto a la validez o nulidad de la condición general en cuestión, que quedaría imprejuzgada, por lo que nada impedirá plantearla en proceso ulterior por otra entidad de las que estén debidamente legitimadas por ley.

Junto con la legitimación activa, deberá justificarse también en la demanda el interés del actor, sobre el cual pesa la carga de la prueba, como hemos señalado antes al referirnos a la legitimación e interés del demandante, aunque la concurrencia de la existencia del interés del actor deberá siempre decidirse en sentencia al ser un tema de fondo. El efecto de la apreciación de falta de interés es el mismo antes indicado, dejar imprejuzgado el fondo del asunto. Por ello la concurrencia del debido interés deberá quedar fijado como cierto al término del proceso, sin que pueda presumirse su existencia, pues la sentencia ha de valorar, en su caso, la falta de interés en la acción que ejercita el actor.

Finalmente, como ha señalado algún autor¹⁹², de la legitimación puede hablarse en los procesos que nos ocupan desde la perspectiva de un control indirecto, lo que exige que desde el principio el órgano acometa una calificación *prima facie* de los términos del conflicto planteado a fin de verificar su subsunción en el ámbito de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* o de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*; y si los derechos o intereses defendidos son imputables a un sujeto que puede catalogarse con los caracteres exigidos por tales leyes, lo que le permitirá decidir si debe aplicar las especialidades previstas para estos procesos.

9. Legitimación pasiva.

La LEC 2000 no establece un precepto específico para determinar la persona a quien corresponde la legitimación pasiva, a diferencia de lo que regula el art. 10 LEC sobre la legitimación activa. Únicamente el art. 5.2 LEC (al señalar las distintas clases de tutela jurisdiccional) establece de forma genérica que las pretensiones que se formulen ante los tribunales se dirigirán contra “*los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida*”, en clara referencia al legitimado pasivamente del proceso. La falta de legitimación pasiva supondrá siempre la desestimación de la pretensión con independencia de que el derecho exista o no, en tanto que los propios términos en que la pretensión se produce implican que la acción ha debido dirigirse contra persona distinta.

La legitimación pasiva existe, como recuerdan las SSTS^{1ª} de 2 de diciembre de 2004 (RAJ-7909) y 20 de febrero de 2006 (RAJ-2913), cuando resulta de la demanda la afirmación respecto de la persona que se llama al proceso como

¹⁹² CABAÑAS GARCÍA J.C., *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios* [...] cit., p. 215.

demandada de una cualidad objetiva (por ejemplo, en las acciones que nos ocupan, la cualidad de "*predisponente*"), consistente en una posición o condición en relación con el objeto del mismo, que genera la aptitud o idoneidad para ser parte procesal, en cuanto que supone una coherencia o armonía entre dicha cualidad atribuida y las consecuencias jurídicas pretendidas (efecto postulado) lo que es independiente, por tratarse de un tema preliminar, de si la afirmación es o no fundada, que constituye la cuestión de fondo del asunto.

En los procesos en que se ejercitan acciones colectivas sobre condiciones generales de la contratación la legitimación pasiva la determina el art. 17 LCGC, números 1 a 3, que señala la persona o entidad contra la que procede dirigir la acción de cesación, la acción de retractación y la acción declarativa: básicamente el *profesional o predisponente* es el sujeto pasivo de la acción que se ejercita. Ello nos remite al concepto que la ley misma da de profesional o predisponente (art. 2.2 LCGC): a los efectos de esta Ley se entiende por profesional a "*toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada*". Lo que ha de entenderse por actividad profesional o empresarial nos remite al campo del derecho mercantil, en especial el título primero del Código de Comercio que se refiere a las personas que tienen la condición de comerciantes y realizan actos de comercio por cuenta propia, con capacidad suficiente para obligarse y de forma habitual (arts. 1 a 15 CCom)¹⁹³. Si bien en la actualidad la tendencia es ir por otros derroteros al objeto de sustituir al comerciante por otras figuras más modernas como el mercado y sus operadores, la empresa y el

¹⁹³ BADENES CARPIO J.M., en *Comentarios a la Ley de condiciones generales* [...], cit., dir. R. Bercovitz, p. 86, después de indicar que la definición de profesional que utiliza la LCGC es susceptible de albergar en su interior varias categorías de sujetos frecuentemente empleadas tanto por nuestras normas civiles como mercantiles, expresa que "el profesional de la LCGC puede ser cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que intervenga con regularidad en el tráfico jurídico (en el mercado se podría decir en un sentido económico) mediante el uso de condiciones generales insertas en contratos celebrados con otros sujetos ya sean consumidores, otros profesionales o empresarios".

empresario, para determinar a quienes les afecta la normativa mercantil específica¹⁹⁴.

El predisponente, profesional o empresario demandado, puede ser persona física o jurídica, incluso organismos o entidades públicas y entidades privadas que de ellas dependen. En cada caso, habrá que acreditar la utilización o recomendación pública de las condiciones generales por el demandado, además de acreditar la existencia de una relación causal entre la recomendación por el demandado y la utilización efectiva por algún predisponente en alguna ocasión.

La demanda se puede dirigir, por separado o conjuntamente, contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares (art. 17.4 LCGC). El sujeto pasivo podrá ser en todos los casos tanto el profesional como la Asociación que represente a los profesionales, pues el nº 4 del art. 17 LCGC, cuando habla de la posibilidad de acumular las acciones (todas las colectivas) contra un mismo profesional, indica que también se podrán dirigir contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas que se consideren nulas.

El requisito indicado de que sean los profesionales del “*mismo sector económico*”, no parece que sea impedimento serio para demandar a varios

¹⁹⁴ En este sentido ver la *Propuesta de Código Mercantil* elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, editada por el Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, segunda edición, año 2013. La nueva terminología que emplea esa Propuesta de Código habla de el empresario y de la empresa, de empresarios y operadores de mercado, entendido el mercado como “*ámbito en el que actúan los protagonistas del tráfico*”, con lo que el Derecho Mercantil es el Derecho de una clase de personas y de una clase de actividades, como lo fue en su origen. El empresario, como titular de la empresa, se constituye en la figura central y le es aplicable plenamente el estatuto mercantil, esto es, el conjunto de normas que establecen especiales derechos y obligaciones para las personas así calificadas.

profesionales de sectores diferentes, pues por las reglas generales de la LEC (arts. 72 y sgts.) sería igualmente viable, dado que lo importante para la Ley procesal es que entre las acciones que se dirijan contra la parte demandada exista “*un nexo por razón del título o causa de pedir*”.

Por lo demás, el art. 17 LCGC, en relación con el art. 12 LCGC (que describe el contenido de las acciones colectivas), determina la legitimación pasiva en función de la acción colectiva que se ejercita: así, la acción de cesación procede contra cualquier profesional que “*utilice*” condiciones generales que se reputen nulas (art. 17.1 LCGC), por lo que la legitimación pasiva va unida a la utilización efectiva, mejor dicho: la causa de pedir de la acción es la utilización efectiva¹⁹⁵.

La acción de retractación se ha de dirigir contra cualquier profesional, sea o no el predisponente, que “*recomiende públicamente*” la utilización de condiciones generales similares, o “*manifieste públicamente su voluntad de utilizarlas en el tráfico*”, con la condición de que en alguna ocasión hayan sido *efectivamente utilizadas* por algún predisponente (art. 17.2 LCGC), con lo que el campo se amplía al extenderse a la “*recomendación*” y al “*sector de influencia*” de esa recomendación, más el resultado de la utilización efectiva al menos en alguna ocasión por algún predisponente, lo que ha de acreditarse.

Finalmente, si la acción que se ejercita es la declarativa, procederá dirigirla, como legitimado pasivamente, contra cualquier profesional que esté utilizando condiciones generales de la contratación sin darle esa calificación (art. 17.3 LCGC), con lo que se vuelve al requisito de la “*utilización*” de condiciones generales para atribuir esa legitimación pasiva.

¹⁹⁵ No obstante el sentido literal del precepto, hay autores que defienden la no necesidad de materialización o utilización de las condiciones generales para interponer la acción de cesación, en este sentido: PAGADOR LÓPEZ J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas* [...] cit., p. 582; y GARCÍA VILA M., *Las condiciones generales* [...], cit., p. 221.

Como señalan algunos autores¹⁹⁶, no debe interpretarse literalmente la norma según la cual sólo ostenta legitimación pasiva, en este tipo de procesos, el “profesional” (art. 17 LCGC), pues ello llevaría a concluir que no pueden ser demandadas a título individual las Asociaciones o Corporaciones de empresarios o profesionales que recomienden la utilización de condiciones generales que se reputen nulas, cuando se ejerciten acciones colectivas, que podrían hacerlo en los casos del art. 17.4 LCGC que permite dirigir las acciones colectivas “conjuntamente” contra varios profesionales del mismo sector económico “o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas que se consideren nulas”. Además, carece de justificación que se les pudiera demandar conjuntamente y no individualmente. Avala este criterio también el art. 12.3 de la LCGC que al describir el objeto de la acción de retractación no exige que el demandado sea el predisponente o profesional (literalmente se refiere a que “sea o no predisponente”).

Finalmente señalar que la propia Exposición de Motivos de la LCGC (apartado IV) después de establecer el objetivo de la acciones colectivas dice “que permitirá actuar no sólo frente al predisponente que utilice condiciones generales nulas, sino también frente a las organizaciones que las recomienden”

10. Equiparación en lo procesal de consumidores y usuarios y adherentes que no tengan ese carácter.

¹⁹⁶ Coincidimos en este punto con GASCÓN INCHAUSTI F., “Comentario al art. 17”, AA VV. *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, cit., (dir. Menéndez Menéndez A. y Díez-Picazo Ponce de León), p. 736; REBOLLEDO VARELA A., “Comentario al art. 17”, AA. VV., *Comentarios a la Ley de condiciones [...]*, cit., (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano R.), p. 536.

La Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁹⁷ ha añadido una disposición adicional, la cuarta, a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en virtud de la cual las referencias contenidas en la LEC a los consumidores y usuarios, deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la LCGC, e igualmente han de considerarse aplicables, en los litigios en que se ejerciten acciones colectivas contempladas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, a las demás personas y entes legitimados activamente para su ejercicio (los que señala el art. 16 LCGC).

Los autores no han dado excesiva relevancia a la disposición adicional cuarta LCGC, al considerar que, en realidad, la única finalidad de esta norma es aclarar que cuando a la acción de cesación se acumule una de condena pecuniaria los arts. 221 y 519 LEC resultan aplicables cualquiera que sea la entidad demandante y a cualquier adherente, lo que no es poco pues las posibilidades de extensión de efectos de la sentencia dictada a quienes no han sido parte en el proceso no se daban con esos caracteres antes de la LEC 2000¹⁹⁸.

Sin embargo, a nuestro parecer, la citada disposición adicional establece un principio general claro de suprimir cualquier atisbo de trato desigual en función de la condición personal del que se adhiere a un contrato con condiciones generales, frente a las normas propiamente sustantivas que avalan un determinado estatus para los contratos de este tipo cuando afecten a consumidores y usuarios, en cuyo caso no podrá contener cláusulas abusivas. Por el contrario, siguiendo esas normas sustantivas, cuando el adherente no es consumidor o usuario, sino otro profesional o empresario no le afectaría a tal contrato la nulidad derivada de la existencia de

¹⁹⁷ Apartado 5 de la disposición final sexta Ley 1/2000 de 7 de enero (LEC).

¹⁹⁸ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ I., AA.VV. *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, cit., dir. por A. Menéndez y L. Díez-Picazo, pp. 1504 a 1507.

cláusulas abusivas¹⁹⁹; esto último nos resistimos a aceptarlo, como más adelante razonamos. Sin necesidad de un examen exhaustivo de la tutela jurisdiccional de los consumidores y usuarios, podemos señalar como normas más significativas de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos que nos ocupan las siguientes:

- En relación con los sujetos del proceso, los arts. 6 y 7 (capacidad para ser parte de los grupos de consumidores y usuarios afectados por el hecho dañoso y su capacidad procesal), art. 11 (legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios), arts. 15 y 13.1 (publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses de consumidores y usuarios), arts. 52.1-16 y 54.2 (competencia territorial e invalidez de cláusulas de sumisión expresa contenidas en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios), art. 78.4 (regla especial sobre procedencia de acumulación de procesos);

- En materia de resoluciones judiciales y sus efectos, así como de medidas preventivas y cautelares, el art. 221 (sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios), art. 222.3 (sobre cosa juzgada), arts. 256.1.6º y 261.5ª (diligencia preliminar de concreción de los integrantes de un grupo de afectados), arts. 519 y 711.2 (acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados y multa por retraso en cumplir lo resuelto), y art. 728.3 in fine (medidas cautelares).

La extensión del párrafo primero de la disposición a todo adherente, tanto en acciones individuales como colectivas, exige algunas precisiones. En primer lugar, es evidente que no todas las especialidades procesales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de consumidores y usuarios son aplicables a toda

¹⁹⁹ Se trata en extenso esta cuestión en la obra citada de ALBIEZ DOHRMANN K. J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*”, cit., Monografías Civitas, Aranzadi Pamplona Febrero 2009.

acción que se ejercite en materia de condiciones generales. En concreto, en el ejercicio de acciones individuales no son aplicables las normas de la Ley procesal antes referidas, pensadas para acciones colectivas o al menos para una pluralidad de intereses afectados y no para consumidores que litigan individualmente, con la excepción de la norma citada del art. 54.2 LEC sobre prohibición de sumisión expresa, que se aplica por sí misma sin necesidad de que exista lo normado en la disposición adicional cuarta.

En segundo lugar, tampoco se puede decir que tales normas de la citada Ley procesal se apliquen en bloque a toda acción colectiva, pues los que llama “*grupos de afectados*” (art. 6) no pueden ejercitar las acciones colectivas de la Ley de condiciones generales²⁰⁰, ya que tales acciones son típicas y tasadas y la legitimación activa para ejercitarlas también lo es (arts. 12 y 16 LCGC). Por ello, los artículos 6, 256.1.6º y 11 LEC, en lo que se refieren a esos grupos, no son aplicables a las acciones colectivas de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y en concreto el art. 11 LEC no altera la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas que señala el art. 16 LCGC.

Por lo expresado, habrá que concluir, con Díez-Picazo Giménez²⁰¹, que el mayor despliegue se producirá en aquellos casos que señala el art. 12.2, párrafo segundo, LCGC, en los que a la acción de cesación se acumula, como accesorio, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones afectadas por la sentencia, y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones, en cuyo caso entrarán en juego las normas citadas de los arts. 78.4, 221 y 519 LEC. También desplegará sus efectos

²⁰⁰ En contra se manifiesta GARCÍA VILA M., *Las condiciones generales de la contratación* [...], cit., p. 163, que considera que los sujetos legitimados del art. 16 LCGC no puede entenderse como un elenco cerrado y que sería posible considerar a los grupos de afectados como entidades legitimadas de dicho precepto.

²⁰¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ I., *Comentarios a la Ley de condiciones generales* [...], cit., p. 1507.

tras la reforma del art. 53 TRLGDCU por la Ley 3/2014, que admite la posibilidad de acumulación a la acción de cesación de las acciones de nulidad, anulabilidad, incumplimiento de obligaciones, resolución o rescisión contractual y restitución de cantidades cobradas e indemnización de daños y perjuicios, derivadas de la utilización de cláusulas o condiciones generales declaradas abusivas, como se ha señalado en el capítulo anterior.

Poco comentario exige el extender lo previsto para las asociaciones de consumidores y usuarios a los demás personas y entes legitimados activamente para el ejercicio de acciones colectivas (las que relaciona el art. 16 LCGC). Tal mandato, que establece el párrafo segundo de la disposición adicional cuarta que comentamos, entendemos que sería obligado llegar a la misma conclusión aunque la disposición referida no hubiera dicho nada, si no se quiere admitir privilegios en el proceso contrarios a la igualdad de las partes.

CAPÍTULO SEXTO

ESPECIALIDADES PROCESALES COMUNES DE LOS PROCESOS SOBRE CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

1.- CONSIDERACIÓN PREVIA SOBRE LOS SUJETOS DEL PROCESO

Este Capítulo se dedica al estudio de las especialidades procesales relativas a los sujetos del proceso, comunes a los procesos sobre condiciones generales de la contratación. Se trata de seguir una sistemática clásica en nuestra exposición: en primer lugar, se atiende al estudio de las instituciones del proceso que merecen atención particularizada por parte de la ley, desde un punto de vista estático, es decir, aisladamente consideradas (y en la medida en que ello sea posible, sin referencia a la dinámica de las actuaciones procesales), con el fin de conocer cada una de las peculiaridades a ellas referidas. A continuación, en los Capítulos séptimo y octavo, el punto de vista que se adopta es dinámico, abordándose el estudio de las especialidades procesales desde el inicio del proceso hasta su terminación.

Con intención de dar coherencia interna al trabajo, se pone el énfasis precisamente en las especialidades procesales y su régimen legal, evitándose en la medida de lo posible reiteraciones sobre otras instituciones o normas que no experimentan cambios sobre su régimen general cuando lo pedido se corresponde con las acciones que regula la Ley 7/1998. Estas instituciones procesales cuyo régimen general no experimenta alteraciones cuando el objeto de tutela son las condiciones generales de la contratación reciben una atención incidental o meramente testimonial, pues nuestro interés se centra, sobre todo, en lo que de especial hay en las normas procesales aplicables a este tipo de controversias.

Esa es la razón por la cual no aparecen en las páginas que siguen, epígrafe o apartado específico referente a los actos del proceso. Por regla general no hay modificaciones en cuanto al régimen general que tanto la LOPJ como la LEC establecen en materia de presupuestos y requisitos de validez y eficacia de los actos procesales, cuando se trata de una de las acciones colectivas o individuales sobre condiciones generales de la contratación; lo mismo cabe decir con respecto a las normas generales sobre representación o postulación procesal, con las salvedades señaladas ya anteriormente al tratar de la legitimación. Ese es un criterio general mantenido en nuestro trabajo, sin perjuicio, insistimos, de que puntualmente se pueda hacer alguna observación de índole particular si fuera pertinente, o por razones de coherencia lógica en la exposición, aun no tratándose de especialidad procesal alguna.

2. Especialidades procesales relativas al órgano jurisdiccional

2.1. Consideración general

Las especialidades procesales relativas al órgano jurisdiccional se circunscriben, como es lógico imaginar, al terreno de la determinación del órgano jurisdiccional encargado de conocer del proceso, como natural exigencia de la seguridad jurídica y de la garantía constitucional del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 de la CE, en relación con el art. 117.6 de la propia CE, que prohíbe el juez *ad hoc* o de excepción).

En los procesos sobre condiciones generales de la contratación, el régimen general aplicable al órgano jurisdiccional es el previsto en la legislación procesal general (Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Enjuiciamiento Civil) además del que se desprende de las normas especiales que se contienen en el articulado mismo de la Ley 7/1998.

En materia de determinación de la jurisdicción y de la competencia existía, con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC, un régimen común para el ejercicio de las acciones colectivas, establecido en los arts. 14 y 15 LCGC, en su redacción inicial, bajo las rúbricas de “*competencia material, tramitación del proceso y competencia territorial*”. Estos artículos fueron derogados por la disposición derogatoria única nº 2, apartado 15º, de la LEC 2000, con lo que tales materias han pasado a regularse en la Ley procesal. La redacción original de estos preceptos ha sido modificada por la Ley 39/2002, de 28 de Octubre, sobre transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

Todo ello ha provocado que algunos de los criterios originales que fijaban los derogados arts. 14 y 15 LCGC como comunes a las tres acciones colectivas que regula la Ley de condiciones generales hayan dejado de serlo, lo que obliga al examen de estas especialidades a la luz de la nueva y vigente normativa. En todo caso, nos encontramos ante una cuestión primordial en nuestro derecho, pues como hemos señalado la LCGC opta por el control judicial exclusivo de las condiciones generales: recordemos que la exposición de motivos ya señalaba que “*el control de la validez de cláusulas generales tan sólo corresponde a Jueces y Tribunales*”.

2.2. La competencia internacional y la mal llamada “competencia material” (jurisdicción por razón del objeto)

La legislación no establece especialidades reseñables en materia de jurisdicción, para la tutela de las condiciones generales de la contratación, tanto en lo que se refiere a la denominada competencia internacional como a la jurisdicción por razón del objeto, ni en lo referente a los fueros aplicables, ni en cuanto a su tratamiento procesal. En cuanto a la *competencia internacional*, según el art. 36.1 LEC, la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se

determinará por lo dispuesto en la LOPJ y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

A este particular, la LOPJ dedica parte de los fueros alternativos previstos en su art. 22 para los litigios sobre obligaciones contractuales, si bien de una forma bastante genérica. Según este fuero, serán competentes los tribunales españoles cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España (art. 22.3) y, en materia de contratos de consumidores y usuarios, cuando el comprador “tenga su domicilio en España si se trata de una venta a plazos de objetos muebles corporales o de préstamos destinados a financiar su adquisición”; si se trata de cualquier otro contrato de prestación de servicio o relativo a bienes muebles, los jueces españoles tienen competencia internacional “cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en España o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato; en materia de seguros, cuando el asegurado y el asegurador tengan su domicilio en España”.

Los fueros del art. 22.3 y 4 LOPJ son alternativos, es decir, no son inderogables para las partes, por lo que se aplican en defecto de sumisión expresa o tácita de éstas a los tribunales españoles, siempre que el demandado al menos resida en España. La LOPJ carece de una regulación especial sobre la sumisión expresa o tácita, por lo que la norma se debe integrar con lo preceptuado por la LEC, en sede sumisión expresa y tácita de competencia territorial (arts. 55 y 56).

En este ámbito entran en juego también normas de carácter supranacional y comunitario, que son de aplicación preferente a la legislación orgánica interna. Al margen de los convenios internacionales bilaterales o multilaterales que el Reino de España, en el ejercicio de sus soberanía, haya suscrito con otros Estados, es de especial relevancia, por formar parte de nuestro ordenamiento interno, lo establecido en el Reglamento 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en*

materia civil y mercantil, que sustituyó en el ámbito comunitario al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (CB). A los efectos que aquí interesan, en el Reglamento (al igual que se hacía en el CB) se establecen fueros de competencia internacional referidos a los litigios sobre consumidores y usuarios en sus arts. 15 y 17, ambos inclusive, a) cuando se tratare de una venta a plazos de mercaderías; b) cuando se tratare de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes; y c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades, siempre que no se trate de contratos de transporte. Esto, sin perjuicio de lo establecido con carácter general por el propio Reglamento para los litigios sobre obligaciones contractuales (arts. 4 y 5.5 del Reglamento 44/2001)²⁰².

Según los términos del Reglamento, la acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor, pero la entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliado el consumidor; por supuesto, sin perjuicio del derecho de presentar una reconvenición ante el tribunal que entendiere de una

²⁰² Para más detalle sobre las normas de los arts. 15 a 17 del Reglamento 44/2001, v. GONZÁLEZ GARCÍA, J. M^a, y MARTÍN BRAÑAS, C., “Criteria for determining International jurisdiction” (epígrafes 4-8), *European Civil Procedure*, director: Andrés de la Oliva Santos, European Commission -Thompson Aranzadi- Sweet & Maxwell, Cizur Menor, 2011, pp. 71-87; de los mismos autores, “Fueros especiales de competencia internacional (III). Contratos de seguro. Contratos con consumidores. Contratos individuales de trabajo”, *Derecho Procesal Civil Europeo. Vol. I: Competencia Judicial Internacional, Reconocimiento y Ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Fernando Gascón Inchausti (coord.), 2011 Thompson Aranzadi, Cizur Menor, pp. 157-162. También, MARTÍN BRAÑAS, “El Reglamento 44/2001 una evolución en materia de consumo”, *Diario La Ley (Unión Europea)*, Núm. 7706, Sección Doctrina, 30 Sep. 2011.

demanda principal de conformidad con la presente sección (art. 16 del Reglamento 44/2001).

Como se ve, no se trata de fueros específicamente previstos para los litigios relativos a las condiciones generales de la contratación, aunque extensivamente aplicables, en su caso, a este tipo de procedimientos. Los fueros del Reglamento 44/2001 son también disponibles, siempre que el pacto sea posterior al nacimiento del litigio, permita al consumidor formular demandas ante tribunales distintos al competente según el fuero legal o que, habiéndose celebrado entre un consumidor y su co-contratante, domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, “atribuyeren competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de éste prohibiere tales acuerdos” (art. 17 del Reglamento 44/2001), normas que integran y complementan las establecidas en el propio reglamento en relación con la prorrogación expresa y tácita de la competencia internacional (arts. 23 y 24)²⁰³.

En cuanto al tratamiento procesal de la competencia internacional, son de aplicación las disposiciones generales de la LEC, para el control de oficio (art. 38LEC) o a instancia de parte a través de la pertinente declinatoria de jurisdicción (art. 39 LEC).

2.3. Jurisdicción y competencia objetiva

Como decimos, la LCGC (arts. 14 y 15) contenía normas especiales sobre jurisdicción y competencia judicial antes de la entrada en vigor de la LEC. Expresamente, la LCGC hablaba de la *competencia material* y tramitación del proceso (en referencia a la jurisdicción por razón del objeto) y de la competencia

²⁰³ Sobre las implicaciones de la prórroga de la competencia internacional en relación con el Convenio de Bruselas, v. SANTOS VIJANDE J. M^a, *Declinatoria y declinatoria internacional*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.

territorial. En la actualidad, tales normas se integran en el acervo común de la ley procesal general.

Al pasar las normas procesales de la LCGC a la LEC, desapareció la ambigua expresión “*competencia material*” con la que el derogado art. 14 LCGC aludía a lo que sin discrepancia se denomina jurisdicción por razón del objeto o de la materia. La jurisdicción por razón del objeto corresponde, ex art. 9.2 LOPJ, al orden jurisdiccional civil, en cuya equívoca formulación tienen cabida los procesos sobre condiciones generales de la contratación, de indiscutible naturaleza privada.

La primera especialidad procesal común a las acciones de la Ley 7/98 LCGC, se refería a la jurisdicción y competencia material o competencia objetiva por razón de la materia. Cuando nos referimos en este capítulo a jurisdicción lo hacemos en el sentido constitucional de la jurisdicción del Estado (art. 117 CE), y concretamente a la jurisdicción ordinaria, entendida como conjunto de tribunales a los que se encomienda el conocimiento y resolución de los procesos relativos a la generalidad de las materias jurídicas, tal como señalan los números 2 a 5 del art. 9 LOPJ, pues los juzgados y tribunales ejercerán su jurisdicción en aquellos casos en que legalmente les venga atribuida (art. 9.1 LOPJ).

El art. 36.1 LEC establece que la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la LOPJ y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, al mismo tiempo que determina la forma en que ha de proceder en los casos que se aprecie falta de jurisdicción civil del tribunal (art. 37 LEC), pudiendo proceder de oficio (art. 38 LEC) o a instancia de parte a través de la pertinente declinatoria de jurisdicción (art. 39 LEC).

Con la expresión de “*competencia material*” se aludía, en el derogado art. 14 LCGC, al criterio para determinar el orden jurisdiccional encargado, por razón de la

materia litigiosa de conocer de las acciones colectivas, que atribuía a la jurisdicción civil ordinaria, no especializada, en términos similares a la competencia objetiva que refiere el art. 45 LEC. La LEC en los arts. 45 y siguientes, dentro de la sección relativa a la competencia objetiva, atribuye a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento de todos los asuntos civiles que no se hallen atribuidos por disposición legal a otros tribunales, a la vez que prevé la especialización de algunos de tales juzgados (art. 46).

En puridad, la norma de la LCGC era innecesaria, pues esta atribución se derivaba del propio art. 9.2 LOPJ, ya vigente en el momento en que se promulga la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, según el cual los tribunales del orden civil conocen, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional, aunque puede tener sentido en la LEC, por razones sistemáticas.

Por cuanto a su carácter se refiere, las normas sobre jurisdicción son de *ius cogens*, y su infracción es sancionada con la nulidad de pleno derecho (art. 238 LOPJ y, en su desarrollo, art. 37 LEC), con deber de abstención de oficio por los tribunales en cualquier momento e instancia en que se encuentren las actuaciones, conforme al incidente que regula el art. 38 LEC (previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas).

2.4. La atribución de la competencia objetiva a los juzgados de lo mercantil

La cuestión de la competencia objetiva en materia de condiciones generales de la contratación adquirió una nueva dimensión con la publicación de la Ley Orgánica 8/2003 de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la

Ley Orgánica 6/1985 de uno de julio, del Poder Judicial. La Ley Orgánica 8/2003 creó los *Juzgados de lo Mercantil*²⁰⁴, que son juzgados de primera instancia especializados en materias concretas. Los juzgados de lo mercantil entraron en funcionamiento el día uno de septiembre de 2004, con lo que estamos ante la especialización de Juzgados de Primera Instancia a que alude el art. 46 LEC²⁰⁵.

A esos nuevos Juzgados, además de encomendarle materias propias como las relativas a la legislación concursal y al derecho societario, se le encomendó el conocimiento de las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia (art. 86 ter, nº 2 apartado d), LOPJ)²⁰⁶. Este precepto les atribuía la competencia en relación con todas las acciones relativas a condiciones generales de la contratación sin distinción, con lo que incluía las acciones colectivas y las individuales. Sin embargo, el conocimiento de los procesos de consumo no se atribuyó a los juzgados de lo mercantil, en ese momento, con lo que surgían disfunciones, ya que sólo intervendrían los juzgados de lo mercantil cuando el contrato de consumo contuviera condiciones generales de

²⁰⁴ El art. segundo nº 6 de la Ley Orgánica 8/2003, añade un nuevo artículo 86 bis a la LOPJ, en el que establece que, con carácter general, en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o varios juzgados de lo mercantil, pudiendo establecerse juzgados que extiendan su jurisdicción a dos o más provincias de la misma comunidad autónoma; sin perjuicio de que también puedan establecerse en poblaciones distintas de la capital de provincia cuando determinadas circunstancias que señala lo aconsejen, delimitándose el ámbito de su jurisdicción en cada caso.

²⁰⁵ Cuestión criticada, entre otros, por DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “La inconveniencia de los Juzgados de lo Mercantil”, *Tribunales de Justicia*, 2002, 8/9, pp. 1 a 10, y BANACLOCHE PALAO, J., *Los juzgados de lo mercantil. Régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*, Madrid, Civitas, 2005. Máxime si se considera que los juzgados de lo mercantil son, en su estructura administrativa, diseñados conforme al modelo de los juzgados de primera instancia, que en ellos sólo se requiere la especialización en materia mercantil de los jueces y magistrados, y que muchos de estos ni siquiera acreditan una formación especializada en Derecho mercantil diferente de la que tienen el resto de jueces de primera instancia.

²⁰⁶ El apartado d) del art. 86 ter nº 2, en la redacción de la Ley Orgánica 8/2003, establecía que los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: d) *Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia*.

la contratación, mientras que los demás procesos tramitados en base a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios seguirían en los juzgados de primera instancia no especializados.

2.5. La justificación de la intervención de los juzgados mercantiles

La atribución de las cuestiones sobre contratos con condiciones generales a la “*jurisdicción exclusiva y excluyente*” de los juzgados de lo mercantil, aprovechando su creación para un fin específico se justificaba, según la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2003, en la necesidad de avanzar en el proceso de la especialización de los juzgados, lo que también subyace a la hora de atribuir el conocimiento del proceso concursal. La exposición de motivos no menciona de forma concreta los procesos con condiciones generales, sino que incluye la justificación globalmente entre las competencias que no se refieren al tema concursal, diciendo en su apartado II:

“De otro lado, la complejidad de la realidad social y económica de nuestro tiempo y su repercusión en las diferentes ramas del ordenamiento aconseja avanzar decididamente en el proceso de la especialización. Con tal finalidad, se encomienda a los juzgados de lo mercantil otras competencias añadidas a la materia concursal, abriendo con ello un camino de futuro que debe rendir frutos importantes en el proceso de modernización de nuestra Justicia.”

De lo anterior se deduce que el legislador considera las condiciones generales de la contratación uno de los temas complejos dentro de nuestra realidad social y económica, con repercusión en diferentes ramas del ordenamiento, lo que aconseja incluirlo en las materias que deben ser objeto de especialización de los tribunales encargados de su conocimiento, tanto en primera instancia como en apelación, y con

esa finalidad se abre lo que llama un “*camino de futuro*” en el proceso de modernizar nuestra Justicia.

A nuestro entender, esa inclusión en las atribuciones de los juzgados de lo mercantil puede ser debida, más bien, a que han proliferado entre los mercantilistas los estudios que se ocupan de comentar las normas relativas a condiciones generales de la contratación. Este es un criterio, al menos, discutible pues, si bien las condiciones generales se desarrollan a la vez que la producción y comercialización en masa de productos que trajo la revolución industrial, esta forma de contratación debe incardinarse en los principios esenciales que todo contrato debe observar y en nuestro ordenamiento es el Derecho civil general el que conoce de esas cuestiones y sus principios se regulan en las normas generales sobre obligaciones y contratos del Código Civil.

Quizá para adelantarse a las objeciones anteriores y dejar abierto para el futuro el tema de los asuntos que se atribuyen a los Juzgados de lo Mercantil, la exposición de motivos de la Ley 8/2003 aclara que la denominación de los nuevos juzgados alude a la “*naturaleza predominante en las materias atribuidas a su conocimiento*” no a una identificación plena con la disciplina o la legislación mercantil, pues no se le atribuyen todas las materias mercantiles ni todas las materias sobre las que extiende su conocimiento son “*exclusivamente mercantiles*”, ya que tal atribución responde más a criterios prácticos que a criterios dogmáticos, según dice. No obstante, es evidente que la tendencia en ese momento era seguir el camino de la especialización mercantil. Junto al objetivo de conocimiento “*específico y profundo de la materia*” por el juzgado de lo mercantil, persigue la reforma “*mayor celeridad*” en el dictado de las resoluciones y más “*coherencia y*

unidad” en la labor interpretativa de las normas que apliquen estos tribunales especializados²⁰⁷.

2.6. Nuevo criterio: las acciones individuales a los juzgados de primera instancia y las colectivas a los juzgados mercantiles

La Ley Orgánica 7/2015 de 21 de Julio, en vigor desde 1-10-2015, modifica la LOPJ (Ley 6/1985 de uno de julio) y en concreto, entre otros, modificó el art. 86 ter nº 2 apartado d), fijando un nuevo criterio que distribuye la competencia entre los juzgados de primera instancia y los juzgados mercantiles en materia de condiciones generales de la contratación. En su redacción actual, el precepto atribuye la competencia a los Juzgados de lo Mercantil respecto de: “d) *Las*

²⁰⁷ En la creación de los juzgados de lo mercantil y su competencia exorbitante pueden haber pesado otros factores: En el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito en 2001 por todos los grupos parlamentarios, se preveía (punto 4) “la creación de un nuevo órgano unipersonal: el Juzgado de lo Civil, que permitirá aligerar de su actual carga de trabajo a los Juzgados de Primera Instancia, será pieza esencial para acercar la Justicia al ciudadano”, junto con el diseño de juzgados especializados en materia mercantil (sobre este acuerdo, v. *El Pacto de Estado para la reforma de la Justicia*, coords. Arnaldo Alcubilla e Iglesias Machado, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002). Se trataba de la vieja aspiración de restaurar los juzgados de distrito, pero por elevación, evitando someter a los jueces a la disyuntiva de asumir destinos judiciales de inferior categoría. Finalmente, los juzgados de lo mercantil han asumido esa condición, aunque inicialmente se concibieron sólo como órganos especializados en materia concursal, por considerarse, erróneamente a nuestro entender, que la complejidad propia del concurso justificaba, por puras razones operativas, separar a estos órganos del conocimiento de otro tipo de materias.

Sin embargo, atendiendo a la estadística judicial, el legislador pronto se dio cuenta de que era difícilmente vendible la creación de una nueva clase de órgano con tan escasa carga de trabajo, sin caer en la cuenta que ese dato era meramente coyuntural, por el momento histórico de bonanza económica en el que la Ley concursal fue publicada. Esa es la razón de completarse la competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil con esas otras materias de naturaleza comercial. Años después de la promulgación de la Ley concursal, los juzgados de lo mercantil han multiplicado su carga de pendencia, como consecuencia de la crisis, de suerte que la especialización competencial ha tenido como efecto el aumento en la demora de la resolución de muchos procedimientos atribuidos a esta clase de tribunal.

acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios”. Con ello excluye de la competencia de estos juzgados las acciones individuales que, obviamente pasarán a competencia de los juzgados de primera instancia (art. 45 LEC).

Tras la nueva modificación legal, las acciones individuales de la LCGC pasarán a conocimiento de los juzgados de la jurisdicción civil ordinaria, mientras que unifica el tratamiento de las acciones colectivas de la LCGC y las acciones colectivas del TRLGDCU, y quedan las acciones colectivas que regulan ambas normativas de conocimiento de los juzgados de lo mercantil. En estos procesos, para determinar el carácter abusivo o nulo de las cláusulas cuestionadas se recurre indistintamente a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Muchas de las sentencias que se mencionan en este trabajo, insisten en la aplicación conjunta de ambos textos legales, como por otra parte es obligado por ordenarlo así el art. 8 LCGC.

La opción última de atribuir a los tribunales mercantiles no solo el conocimiento de las acciones colectivas de la LCGC sino también las acciones colectivas del TRLGDCU, evita las disfunciones que antes hemos apuntado pues la situación anterior de división entre los juzgados mercantiles (acciones colectivas de la LCGC) y los juzgados civiles ordinarios (acciones colectivas del TRLGDCU) tenía escasa justificación. La nueva opción va más en la línea indicada de que las normas de la LCGC y las normas del TRLGDCU en materia de consumo no tengan que aplicarse por juzgados distintos.

En definitiva, el tema de la especialización de los tribunales, con sus ventajas e inconvenientes, parece que se aplica también en el tema de acciones colectivas de condiciones generales y de la TRLGDCU. Con todo tras la última modificación normativa de la LOPJ por la LO 7/2015, que atribuye el conocimiento de las acciones individuales de la LCGC a los juzgados de primera instancia, se produce

una aproximación al objetivo deseable de que las normas de la contratación con condiciones generales se integren en el Código Civil y no constituyan un espacio contrapuesto a la contratación general, lo que nos volvería a separar de la tendencia a lograr la codificación hacia la que caminan las legislaciones de nuestro entorno que mencionamos en el capítulo primero de este trabajo.

Además, abre la esperanza a la codificación el Anteproyecto de la Comisión General de Codificación sobre modificación del Libro IV del Código Civil en materia de obligaciones y contratos que mencionamos en ese capítulo, donde se integran las condiciones generales de la contratación en ese Libro IV del Código Civil que es lo que a nuestro juicio procede, aunque no sea más que un anteproyecto. Si ese criterio se consolida, la consecuencia lógica es atribuir a los juzgados de primera instancia la competencia para conocer de las cuestiones que deriven de tales contratos, sin que nos parezca justificada la decisión anterior del legislador de atribuir a los juzgados mercantiles el conocimiento de todas las acciones derivadas de la LCGC, ni la última decisión de dividir esas acciones y atribuir a los juzgados mercantiles las acciones colectivas y a los juzgados de primera instancia las acciones individuales de la LCGC.

No da el legislador ninguna razón de peso de esa división. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2015 no dice nada respecto a la justificación del nuevo criterio, ni sobre la permanencia de la atribución a los juzgados mercantiles del conocimiento de las acciones colectivas, tanto de las que regula la LCGC como la regulada en el TRLGDCU. Tratando de buscar alguna justificación para el nuevo criterio se podría acudir a que en las acciones colectivas no es parte en el proceso el adherente, que no está legitimado para promoverlas, sino las personas o entidades limitadas que señalan las respectivas normativas que las regulan, con lo que al final el proceso no se pronuncia sobre un contrato determinado sino sobre una pluralidad de contratos (control abstracto), con el fin de eliminar del mercado las cláusulas abusivas y esa protección final del mercado debe ser de competencia de los jueces

mercantiles. Esa posible justificación, a nuestro entender, no debe hacernos olvidar lo dicho anteriormente que, en definitiva, estamos hablando de cláusulas contractuales, cuya naturaleza contractual no se discute, y la competencia para dirimir su legalidad debe ser atribuida a los juzgados de primera instancia al igual que los demás contratos.

2.7. Competencia funcional

La competencia funcional viene determinada en el art. 61 LEC. Según este precepto, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare. También fijará la competencia en materia de recursos ante el tribunal superior que, en los casos en que conoce en la instancia el Juzgado de lo Mercantil, se atribuye la competencia funcional a las secciones especializadas de lo mercantil de las Audiencias Provinciales, cuya especialización también establece la citada Ley 8/2003 al dar nueva redacción al apartado 2 del art.82 LOPJ. El art. 82.2 nº 2º LOPJ, tuvo nueva redacción por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, sobre modificación de la LOPJ.

La Ley Orgánica 7/2015 le dio la redacción actual al art. 82.2 nº 2º LOPJ, a fin de dar congruencia al nuevo criterio de atribución a los juzgados de primera instancia el conocimiento de las acciones individuales y a los juzgados mercantiles el conocimiento de las acciones colectivas en la forma antes detallada. Establece la nueva redacción del precepto, que en materia de condiciones generales “estas Secciones especializadas conocerán también de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de primera instancia en los procedimientos relativos a concursos de personas físicas y a *acciones individuales*

relativas a condiciones generales de la contratación”, lo que constituye una excepción en la atribución de la competencia funcional. Con ello, entendemos, que trata de unificar criterios en la resolución de los litigios en materia de condiciones generales, criterios distintos que podrían surgir al dividirse la competencia entre los juzgados mercantiles (para acciones colectivas) y los de primera instancia (para acciones individuales) tras la reforma de la LO 7/2015 antes referida.

Por lo que a su tratamiento procesal respecta, la competencia funcional se otorga por la ley a partir de la competencia objetiva para la primera o única instancia, como principio general, principio que puede tener alguna excepción establecida por ley, como la que acabamos de señalar para la acción individual de la LCGC establecida por la LO 7/2015. Tanto la competencia objetiva como la funcional son materia de *ius cogens*, lo que tiene como consecuencia que su vulneración depara la nulidad de pleno derecho de todo lo actuado ante el juez incompetente (art. 238 LOPJ) y justifica el deber de control de oficio por el tribunal (art. 240 LOPJ)²⁰⁸, en el momento procesal en el que se detecte el defecto de competencia, por aplicación de nuevo de lo establecido en el art. 62 LEC, si bien el tenor de la ley parece referirse solo al caso de la competencia funcional para conocer de los recursos. A diferencia de lo señalado en el art. 48 LEC, en el art. 62 LEC no se exige trámite de audiencia al Ministerio Fiscal, aunque entendemos que, por razones de orden público, se le debería dar traslado de la cuestión antes de resolver de oficio sobre la falta de competencia funcional, toda vez que nos encontramos ante una cuestión de orden público.

El control a instancia de parte, dependerá del caso y del momento del proceso en el que nos encontremos: lo normal es que se impugne la primera resolución judicial o del secretario judicial realizada sin competencia funcional, aunque,

²⁰⁸ ATS1ª de 25 de abril de 2006 (RAJ-2338), como recuerda este Auto estamos ante presupuestos procesales susceptibles de ser controlados de oficio, ya que su falta determinaría la nulidad de pleno derecho de lo actuado, nulidad también apreciable de oficio como determinan los arts. 238-1º y 240 LOPJ.

conforme con la ley, también es procedente la impugnación de la competencia funcional por el cauce de la declinatoria (art. 63.1 LEC aptdo.2), en virtud del principio *ubi lex non distinguit non distinguere debemus*, si es que ello fuera procedente.

3. Competencia territorial.

3.1. Fueros de competencia territorial: régimen legal general

La LEC establece también normas especiales en materia de competencia territorial para la tutela de las acciones de la Ley 7/1998. La competencia territorial, como sabemos, sirve al fin de determinar el tribunal que debe conocer del asunto de entre todos los objetivamente competentes. Se trata, por tanto, de un criterio no de exclusividad, sino de preferencia entre todos los órganos jurisdiccionales de igual categoría. Esa relación de carácter territorial, que recibe el nombre usual de “*fuero*”, puede ser único o múltiple, excluyente (principal o subsidiario) o concurrente (dentro del cual le es dado elegir al demandante, si nada se dice en contrario).

Si en lo referente a jurisdicción y competencia objetiva y funcional el juez debe poner especial vigilancia (control de oficio), pues el legislador destaca de forma especial el carácter de “*ius cogens*” de las normas que las regulan, y califica de nulos de pleno derecho los actos procesales cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional (art. 238-1º LOPJ y 225-1º LEC), en lo tocante a competencia territorial puede admitir otro planteamiento ya que el citado precepto de la LOPJ no incluye la falta de competencia territorial como acto procesal sancionable con la nulidad de pleno derecho. Además, hay que tener en cuenta las posibilidades de sumisión expresa o tácita que la propia Ley procesal regula en determinados casos.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su Exposición de Motivos (apartado VII), afirma que esta Ley *“mantiene los criterios generales para la atribución de la competencia territorial, sin multiplicar innecesariamente los fueros especiales por razón de la materia y sin convertir todas esas reglas en disposiciones de necesaria aplicación. Así, pues, se sigue permitiendo, para buen número de casos, la sumisión de las partes, pero se perfecciona el régimen de sumisión tácita del demandante y del demandado”*.

Añade, a continuación, que *“las previsiones de la Ley acerca del domicilio, como fuero general, dan respuesta, con una regulación más realista y flexible, a necesidades que la experiencia ha puesto de relieve, procurando, en todo caso, el equilibrio entre el legítimo interés de ambas partes”*.

3.2. Los fueros relativos a acciones colectivas de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación

La LEC establece normas especiales en materia de competencia territorial para la tutela de las acciones de la Ley 7/1998. Las reglas de la LEC sobre competencia territorial en procesos de condiciones generales de la contratación parece que abandonan, en parte, esos principios inspiradores que acabamos de transcribir, e introduce en el art. 52.1-14, como fuero principal para las acciones colectivas, la competencia a favor del tribunal del lugar del establecimiento del demandado y, a falta del principal, dos fueros subsidiarios: el del lugar del domicilio del mismo demandado y, en defecto de los dos anteriores, se remite al del lugar en que se hubiera realizado la adhesión, como seguidamente detallaremos.

Ordena el citado art. 52.1, apartado 14 párrafo segundo LEC, que cuando se ejerciten las acciones colectivas declarativa, de cesación o de retractación, será competente, en primer lugar, el tribunal del lugar donde el demandado tenga su

establecimiento; en segundo lugar, a falta del anterior, el del lugar del domicilio del demandado; y en tercer lugar, a falta de domicilio en territorio español del demandado, el del lugar en que se hubiere realizado la adhesión.

La LEC parte de que los fueros excluyentes de los dos primeros apartados han de estar ubicados en territorio español, pues si así no fuera regiría la tercera previsión que contempla el caso de falta de domicilio en territorio español del demandado.

3.3. El fuero de la acción de cesación del nº 16 del art. 52.1 LEC

La Ley 39/2002 de 28 de octubre, añadió un nuevo número, el 16, al artículo 52.1 LEC, relativo a normas de competencia territorial en los casos en que se ejercite la acción colectiva de cesación en defensa de los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, que incorpora los criterios de los fueros señalados para las acciones colectivas salvo el tercero, ya que, cuando falta el domicilio en territorio español del demandado, se establece como tribunal competente el del *lugar del domicilio del actor*, criterio que confiere mayor protección al actor al ser más concreto que el fuero del lugar de la adhesión del número 14 del art. 52-1 LEC.

Además, el fuero del domicilio del actor es más lógico que el del lugar de la adhesión, ya que cuando el demandado no tiene un domicilio conocido o este no se encuentra en territorio español debe ser el domicilio del actor el lugar de referencia a efectos de fuero para no obligarle a una búsqueda del demandado o hacerle de difícil acceso la tutela judicial. Por otra parte, el lugar de la adhesión carece de relevancia en las acciones colectivas pues las personas y entidades legitimadas para su ejercicio, las que señala el art. 16 LCGC o el art. 54 TRLGDCU, nunca son las firmantes del contrato de adhesión que incluya condiciones generales y con su

ejercicio se pretende que la resolución que se dicte afecte a una pluralidad de contratos y no a un contrato determinado. La única relevancia para las acciones colectivas sería vincular el lugar de adhesión como territorio de actuación de alguna de las entidades legitimadas para el ejercicio de esas acciones (art. 16 LCGC).

La innovación establecida por la Ley 39/2002 al añadir el número 16 al art. 52.1 LEC y no modificar lo normado en el número 14 del mismo artículo, obliga a establecer una coordinación entre ambos preceptos. Para ello es preciso introducir lo normado en la disposición adicional cuarta de la LCGC, añadida por la LEC 1/2000, lo que implica que cualquier referencia de la LEC a los consumidores y usuarios deberá entenderse realizada a todo adherente sea o no consumidor o usuario.

En base a esa disposición adicional se puede concluir que en todos los casos en que se ejercite la acción de cesación el fuero que corresponde, cuando el demandado no tenga domicilio en territorio español, es el del lugar del domicilio del actor, como sanciona el número 16 del art. 52.1 LEC. Mientras que cuando se ejerciten las acciones colectivas de retractación o declarativa la norma a aplicar en materia de fuero es la del número 14 del mismo art. 52.1 LEC²⁰⁹.

Entendemos, sin embargo, que la disposición adicional cuarta de la LCGC permite aplicar el criterio del domicilio del actor del número 16 del art. 52.1 LEC a todas las acciones colectivas de la LCGC pues, como se acaba de indicar, el lugar de adhesión carece de relevancia al no ser parte del contrato los legitimados para el ejercicio de esas acciones. El fuero del domicilio del actor, al ser subsidiario, obliga a acreditar que el demandado no tiene establecimiento y tampoco tiene domicilio en territorio español y, por ello, que la competencia está atribuida al tribunal del lugar del domicilio del actor. Aunque este criterio no es específico de las acciones colectivas de la LCGC (mencionadas sólo en el párrafo segundo del apartado 14 del art. 52.1 LEC) como hemos señalado.

²⁰⁹ En este sentido GARCÍA VILA M., *Las condiciones generales* [...], cit., p. 246.

3.4. Fuero de las acciones individuales de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación

De conformidad con el artículo 52.1 LEC, primer párrafo del apartado 14, en los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de condiciones generales (es decir, cuando se ejercita la acción individual del art. 9 LCGC), el fuero territorial corresponde al tribunal del *domicilio del demandante*. Al tener carácter imperativo este fuero es el que corresponde aunque el contrato se celebre a través de internet (AATS1ª de 20 de abril de 2009, RAJ-2898; y de 8 de febrero de 2011, RAJ-312).

La norma trata de proteger o de facilitar el acceso a la tutela judicial al adherente al contrato, como única persona o parte del contrato legitimada para ejercitar tal acción, ya que normalmente es la parte más necesitada de protección frente al predisponente que impone las condiciones generales. Por ello, consideramos adecuado el fuero del domicilio del actor que señala la norma. Al ser una norma imperativa, vincula por igual al demandante y al demandado no permitiendo a uno y a otro una elección distinta, por vía de sumisión.

3.5. Carácter inderogable de los fueros sobre condiciones generales

En lo referente a acciones colectivas, el derogado art. 15 LCGC no atribuía la competencia territorial con carácter imperativo, pese a que pudiera existir alguna duda al hacerse una atribución de competencia territorial en una Ley especial. La realidad era que no prohibía el pacto expreso o tácito en la materia. Con la nueva Ley procesal, ha desaparecido cualquier duda al respecto, pues el art. 54.2 declara expresamente el carácter imperativo de los fueros que señala en materia de

condiciones generales de la contratación (art. 54.2 en relación con el art. 52.1-14, ambos LEC). Estamos ante una opción, más bien imposición, del legislador, pues la necesidad de fijar un fuero inderogable no aparece clara, ni por razón de la materia, ni por exigencias de la especial protección de la parte demandada. Tal protección es el fin que tiene el establecer tales fueros para el demandado.

La Ley de Enjuiciamiento Civil abandona su criterio del domicilio del demandado como fuero general, que indicaba su exposición de motivos, e introduce el menos preciso del establecimiento del demandado como preferente, en el ánimo de transcribir o mantener el mismo criterio que adoptaba el derogado art. 15 LCGC en la materia. También se aparta de la regla general de que en el ámbito procesal civil las normas de competencia territorial siempre han tenido un marcado carácter dispositivo (al que alude la rúbrica del art. 54 LEC), justificado por la ausencia de interés público en que conozca el asunto un concreto juez del territorio español. Con ello, los fueros generales y los especiales eran de aplicación si las partes no manifestaban de manera expresa o tácita la voluntad de someterse a otro fuero.

Por lo tanto, sólo cuando una norma fija de forma expresa que un fuero es improrrogable puede entenderse excluida la sumisión expresa o tácita. Como recuerda el ATS1ª de 20 de abril de 2005 (RAJ-7035) el carácter no dispositivo de los fueros "*equivale a las reglas sobre competencia objetiva, no siendo susceptibles las mismas, por lo tanto, de modificación por el Juez o las partes (sumisión expresa o tácita)*". Sin embargo, el TS no lleva esa equiparación a sus últimas consecuencias y así en resoluciones posteriores (cfr. sentencia 15 de octubre de 2009, RAJ-5574) mantiene el criterio de que el art. 469.1.1º LEC solo permite el recurso extraordinario por infracción procesal cuando se funde en normas sobre competencia objetiva o funcional, por lo que no se puede admitir dicho recurso por la infracción de reglas relativas a la competencia territorial. Todo ello pese a lo

normado en el art. 67.2 LEC al respecto²¹⁰, que el TS considera de no aplicación mientras esté vigente el régimen transitorio de los recursos extraordinarios según las previsiones de la Disposición Final Decimosexta de la LEC.

En las acciones colectivas el demandado suele ser una empresa de cierta importancia económica a cuyos intereses, dado el número considerable de contratos que realiza, conviene recurrir a las condiciones generales, lo que hace que carezca de justificación asignarle un fuero imperativo que le proteja. El empresario en estos casos no puede considerarse la parte débil de la relación procesal normalmente, que requiera evitar una desigualdad procesal.

Además, en las acciones colectivas los actores son las personas y entidades que menciona el art. 16 LCGC (únicas legitimadas para ejercitarlas) que, por su misma condición de no ser parte del contrato, es decir, no haber pactado con el demandado las cláusulas cuya ilegalidad se interesa, resulta prácticamente imposible que pueda hablarse de la eventualidad de un acuerdo de sumisión expresa con el demandado, por lo que no se comprende la razón de conveniencia de excluir la sumisión tácita del art. 56 LEC como criterio de atribución de la competencia.

En todo caso, la consecuencia más directa de la inderogabilidad de los fueros de competencia territorial en materia de condiciones generales es, de conformidad con lo que dispone el art. 58 LEC, la obligación del tribunal de examinar de oficio su competencia territorial, inmediatamente después de presentada la demanda y si entiende que carece de competencia territorial para conocer el asunto, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, lo declarará así mediante

²¹⁰ El art. 67.2 LEC establece que en los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal sólo se admitirán alegaciones de falta de competencia territorial cuando, en el caso de que se trate, fueren de aplicación normas imperativas.

auto, remitiendo las actuaciones al tribunal que considere territorialmente competente²¹¹.

El ATS1^a de 4 de marzo de 2005 (RAJ-7030) recoge ese criterio cuando señala: "*Efectivamente, para que pueda tener lugar la apreciación de oficio de la falta de competencia territorial es preciso que la misma venga fijada por reglas imperativas, como exige expresamente el inciso primero del art. 58 LEC*". En el mismo sentido v. AATS1^a de 25 de abril de 2006 (RAJ-2328) y de 8 de febrero de 2007 (RAJ-933).

El carácter del fuero tiene su incidencia también en el tratamiento procesal a instancia de parte, pues la parte demandada también dispone del cauce de la declinatoria para poner de relieve la falta de competencia territorial del tribunal, en los plazos previstos en el art. 64 LEC con carácter general²¹². Como también señala el ATS1^a de 4 de marzo de 2005 (RAJ-7030) que se acaba de citar: "*sólo la parte demandada puede hacer valer en su caso la hipotética falta de competencia mediante la declinatoria*".

²¹¹ La Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la oficina judicial dio una nueva redacción al artículo 58 LEC, en los siguientes términos: «*Cuando la competencia territorial viniere fijada por reglas imperativas, el Secretario judicial examinará la competencia territorial inmediatamente después de presentada la demanda y, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, si entiende que el Tribunal carece de competencia territorial para conocer del asunto, dará cuenta al Juez para que resuelva lo que proceda mediante auto, remitiendo, en su caso, las actuaciones al Tribunal que considere territorialmente competente. Si fuesen de aplicación fueros electivos se estará a lo que manifieste el demandante, tras el requerimiento que se le dirigirá a tales efectos.*»

²¹² La Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la oficina judicial ha dado la siguiente redacción al apartado 1 del artículo 64 LEC: «*1. La declinatoria se habrá de proponer dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista, y surtirá el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar, o el cómputo para el día de la vista, y el curso del procedimiento principal, suspensión que acordará el Secretario judicial.*»

4. Examen de los fueros inderogables concretos sobre condiciones generales de la contratación.

Como se ha señalado, el art. 52.1 apartado 14 LEC, tras la modificación de la Ley 39/2002, establece un fuero principal y dos subsidiarios, de aplicación sucesiva en materia de acciones colectivas de condiciones generales de la contratación. Al tratarse de fueros fijados por reglas imperativas el actor no puede elegir si no es de forma escalonada, tras el fuero preferente, aunque inversamente el actor puede exigir que se acepte la competencia en el orden establecido, sin que sea admisible otro criterio. En concreto, para las acciones colectivas la especialidad no deriva de la acción ejercitada, sino de una regla de especial atribución de competencia por voluntad del legislador que implanta una regla verdaderamente especial.

4.1. El fuero del lugar del establecimiento del demandado

El primer criterio de la LEC para fijar el fuero en las acciones colectivas es el del lugar donde el demandado (predisponente) tiene su establecimiento, un criterio menos preciso que el del domicilio del demandado, lo cual enfrenta con el hecho de que no existe una definición legal de establecimiento en el Código de Comercio o las leyes reguladoras de las sociedades mercantiles ni en la Ley procesal²¹³.

²¹³ La Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista, en su art. 2 reformado por Ley 3/2014 de 27 de marzo, se refiere al establecimiento comercial en estos términos: Artículo 2. Establecimientos comerciales. Tendrán la consideración de establecimientos comerciales toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente; o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual. La Ley 3/2014 de 27 de marzo modifica el TRLGDCU de 2007 (y otras leyes) y le añade el art. 59 bis cuyo nº 1 establece que, a efectos de este Libro (se refiere al Libro Segundo del TRLGDCU que trata de los contratos con consumidores y usuarios), se entiende por “d) establecimiento mercantil: toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente; o toda instalación móvil de venta al

Sobre este concreto particular, los autores hablan de lugar de contacto con el público (Polo)²¹⁴, o el lugar donde habitualmente se ejerce industria o profesión o local abierto al público donde el comerciante ejerce sus actividades profesionales; otros lo describen por el lugar que guarda relación con el carácter patrimonial u objetivo de derechos, o el carácter organizativo de una actividad económica en la que participan una pluralidad de personas e intereses en orden a obtener una ganancia²¹⁵.

Sin perder de vista que nos encontramos ante contratos en masa, con dispersión de adherentes a lo largo de un amplio territorio, la expresión “*establecimiento*” no deberá entenderse, a nuestro juicio, en un sentido estricto, sino que servirá como tal una delegación territorial de una empresa, donde tendrá medios organizativos suficientes para transmitir la reclamación a la sede central. Esto llevará a entender que existen esos medios si ha tenido capacidad para formalizar una pluralidad de contratos en ese territorio.

El art. 50.3 LEC puede servir de base a este criterio, pues señala que los empresarios y profesionales, en los litigios derivados de su actividad empresarial o profesional, también podrán ser demandados en el lugar donde se desarrolle dicha actividad y, si tuvieren establecimientos a su cargo en diferentes lugares, en cualquiera de ellos a elección del actor. Con lo cual parece que la LEC vincula lugar

por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual”, con lo que sigue el criterio referido de la Ley 7/1996.

²¹⁴ POLO Díez A., “Empresa y sociedad”, en Estudios en homenaje a J. Garrigues t. I, Madrid 1971, p. 326. Sobre los problemas de determinar qué se entiende por establecimiento ver también las consideraciones de GONZÁLEZ GARCÍA J. M.^a, “Fueros especiales de competencia internacional (II). Acción civil derivada de hecho punible. Explotación de sucursales, agencias y establecimientos comerciales. Trusts. Derecho marítimo. Procesos con pluralidad de objetos”, Derecho Procesal Civil Europeo. Vol. I: Competencia Judicial Internacional, Reconocimiento y Ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea, cit., pp. 117-154, y las obras que allí se citan.

²¹⁵ Vid. PÉREZ-CRUZ MARTÍN A., Enciclopedia jurídica básica. Civitas, Madrid 1995, voz “establecimiento mercantil”, alude a las diferentes acepciones de este término.

de desarrollo de actividad empresarial o profesional con establecimiento, al mismo tiempo que admite pluralidad de establecimientos en distintos lugares.

En el mismo sentido, respecto a las personas jurídicas, el art. 51.1 LEC establece que *"también podrán ser demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiere el litigio haya nacido o debe surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad"*. Este criterio lo toma en consideración el Tribunal Supremo al resolver conflicto negativo de competencia por ATS1ª de 6 de abril de 2005 (RAJ-7034) a favor de los tribunales de este último lugar (establecimiento abierto al público) frente a los del domicilio de la entidad demandada. Es más, este Auto indica expresamente que *"así se protegen más los derechos de los consumidores"*, y que este criterio explica preceptos como el artículo *"54.2 de la LEC que declara no válido cualquier pacto de sumisión expresa en contratos de adhesión, y 54.1 que prohíbe la sumisión expresa o tácita en caso de juicio verbal"*.

Igualmente, los AATS1ª de 23 de febrero de 2006 (RAJ-2301) y 2 de junio de 2006 (RAJ-3018) optan por una interpretación amplia del concepto de *"representante autorizado"* de la persona jurídica del art. 51.1 LEC y atribuye tal condición al lugar del domicilio de la agencia de viaje que expide los billetes del paquete turístico frente al lugar del domicilio de la agencia mayorista o tour operador (vendedor final del paquete), por considerar que esa interpretación amplia *"es la más favorable desde el punto de vista de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios, parte especialmente necesitada de protección"*.

La interpretación amplia nos parece la más adecuada, si tenemos en cuenta que estamos ante un criterio de competencia territorial preferente a los subsidiarios que establece la Ley como se ha dicho. Ello se ajusta también a la cuestión de la existencia de varios establecimientos, pues con el criterio referido la competencia se

atribuirá al establecimiento de la circunscripción del actor, ya que las delegaciones territoriales no son otra cosa que representaciones habilitadas por el propio predisponente y no tendría lógica que fueran hábiles para contratar y no para responder de las consecuencias de esos contratos.

No obstante, el establecer como prioritario el fuero del establecimiento, respecto del domicilio, en materia de acciones colectivas, se aparta de los criterios generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 50 y 51), que fijan como fuero común el del domicilio de las personas físicas y jurídicas y como facultativo ("*también podrán*") el del lugar de la actividad o establecimiento, además de la orientación relativa al "*fuero general*" del domicilio que expresa la exposición de motivos de la misma Ley, que antes comentamos.

Finalmente señalar que la Propuesta de Código Mercantil, elaborada por la Comisión General de Codificación (entregada al Ministerio de Justicia en fecha 17-6-2013), en el art. 131-3 define el establecimiento mercantil diciendo que tienen este carácter los bienes inmuebles y las instalaciones en los que el empresario desarrolla su actividad. El art. 131-4 distingue entre: establecimiento principal (donde está el centro de las operaciones empresariales); sucursal (establecimiento secundario dotado por el empresario de representación permanente y autonomía de gestión) a través del cual se desarrollan total o parcialmente las actividades de la empresa; y establecimientos accesorios que son todos los demás. Indica seguidamente el precepto que el empresario responde de las operaciones realizadas en cualquiera de los establecimientos. También ordena que la ubicación del establecimiento principal y el de las sucursales se indicará en la hoja abierta para la inscripción del empresario en el Registro Mercantil. Con estos criterios se llegaría a la misma solución que defendemos pues si el empresario en definitiva responde de las operaciones realizadas en cualquiera de los establecimientos, también en cualquiera de ellos es posible demandarlo.

4.2. El fuero del domicilio del demandado

En defecto del fuero del establecimiento, por carecer de establecimiento el demandado, el segundo fuero de competencia territorial que fija el art. 52.1-14 LEC, de carácter subsidiario, es el del domicilio del demandado o "*domicilio legal*", como lo denomina el ATS1ª de 1 de abril de 2005 (RAJ-7033).

El demandado, cuando se ejercitan acciones colectivas, puede ser una persona física o jurídica, y esta persona jurídica puede tener domicilio social y delegaciones o sucursales, que están en contacto permanente con su central, por lo que también aquí, para las sucursales y delegaciones, podría aplicarse lo dicho en relación al establecimiento, pues las sucursales y delegaciones tienen más semejanza con el establecimiento que con el domicilio legal.

El domicilio de la persona jurídica se fija en la forma que establecen sus leyes reguladoras (sociedades de capital, cooperativas, fundaciones, asociaciones, etc.), así el art. 9º del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, señala los criterios para considerar el domicilio de tales sociedades. Este precepto impone la obligación a las sociedades de fijar su domicilio en territorio español e indica que el domicilio debe estar en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en que radique su principal establecimiento o explotación. También impone que el domicilio de la sociedad se haga constar en los estatutos (art. 23). Finalmente dicta una norma (art. 10) para el caso de discordancia entre el domicilio registral y el que correspondería según los anteriores criterios, ordenando que en tal caso los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos. Los mismos criterios establecen la Ley reguladora del Derecho de Asociación (Ley Orgánica 1/2002 de

22 de marzo, art. 9) y la Ley de Fundaciones (Ley 50/2002 de 26 de diciembre, art. 6).

De no poder seguirse los criterios anteriores, habría que seguir el criterio afín que fija el art. 41 CC, de acuerdo con el cual se entenderá que el domicilio de la persona jurídica estará en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto. Para el domicilio de las personas naturales, el art. 40 CC señala el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que nos remite al art. 50 LEC y los arts. 155 y 156 LEC en materia de actos de comunicación con las partes aún no personadas y averiguaciones del tribunal sobre el domicilio, que no tienen especialidades en materia de procesos con condiciones generales.

En ningún caso se tiene por imposible la designación de domicilio a efectos de actos de comunicación si dicho domicilio constara en archivos o registros públicos, a los que pudiera tenerse acceso (conforme establece el art. 156.2 LEC), como ocurre con el Registro Mercantil o los Registros de Asociaciones y Fundaciones, donde es obligado que conste el domicilio de las personas jurídicas en ellos registradas, o el mismo Padrón municipal para las personas físicas. Una vez iniciado el proceso, las modificaciones posteriores del domicilio del demandado no afectarán a la jurisdicción y la competencia por disponerlo así el art. 411 LEC relativo a la perpetuación de la jurisdicción referida al momento inicial de la litispendencia, como en cualquier otro proceso²¹⁶.

No obstante, cabe resaltar lo que indica el ATS1^a de 16 de diciembre de 2005 (RAJ 2006-2098) que *“cuando el domicilio que conste en la demanda no se corresponde con el actual que ha quedado acreditado por hechos de conocimiento*

²¹⁶ En este sentido SSTS1^a de 23 de junio de 2010 (RAJ-4906) y de 26 de febrero de 2013 (RAJ-3082) apartado 51.

posterior, debe aplicarse, analógicamente, la regla prevenida en el art. 48 LEC, quedando excluida en estos casos la aplicación del art. 411 del mismo texto legal”.

Este criterio del Tribunal Supremo lleva a aplicar las previsiones de la LEC para los casos que se aprecie falta de competencia objetiva, es decir, declarar la nulidad de lo actuado y reservar a las partes su derecho para ejercitar sus acciones ante el tribunal que corresponda (art. 48.2 LEC), previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal (art. 48.3 LEC). Tal actuación es obligada pues los fueros imperativos son de inexcusable observancia y la carencia de competencia territorial derivada de su aplicación debe ser apreciada incluso de oficio de forma equivalente a la falta de competencia objetiva.

4.3. El fuero del lugar de la adhesión

Mayor problema plantea el tercer fuero de competencia territorial relativo al lugar en que se hubiera realizado la adhesión (art. 52.1-14 LEC), a falta de los anteriores o en el caso de que los anteriores no estuvieran en territorio español. El lugar en que se hubiera realizado la adhesión puede incluso no existir, ya que en algunas de las acciones colectivas que se ejercitan puede darse el caso de que todavía no hay adhesión, como indica el art 12 LCGC, por ejemplo, en casos en que se pide el cese de la recomendación de condiciones generales nulas o retractarse de recomendarlas.

Por lo indicado, sería más conveniente en estos casos atribuir la competencia al tribunal del lugar en que la cláusula contractual que se cuestiona haya sido propuesta o recomendada, pues es esa propuesta o recomendación la que se quiere eliminar. También se puede aplicar el criterio del número 16 del mismo art. 52.1 LEC que opta como último domicilio de referencia por el domicilio del actor en base a la disposición adicional cuarta de la LCGC, como antes hemos expresado.

Lo más relevante en este caso es que el actor vendrá obligado a acompañar con la demanda la debida justificación de que los fueros de preferente consideración no se pueden aplicar, por carecer de establecimiento y domicilio el demandado, o no tenerlos en territorio español, y la prueba de que el lugar en que ejerce jurisdicción el juzgado fue el lugar de adhesión. Este fuero guarda relación con lo que dispone el art. 51.1 LEC que después de señalar como fuero general de la persona jurídica el de su domicilio, facilita que "*también*" puedan ser demandadas en el lugar en que la situación o relación jurídica a que se refiere el litigio haya nacido o deba surtir efectos; exigiendo que en ese lugar tenga establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en su nombre, lo que no se exige cuando se trata del lugar de adhesión.

4.4. El fuero en caso de acumulación de acciones y pluralidad de demandados

En los casos de acumulación de acciones y pluralidad de demandados regirá lo previsto en el art. 53 LEC, en defecto de disposiciones especiales cuando se ejercitan acciones colectivas. Este precepto, en su número 1, contempla el supuesto de que se ejerciten conjuntamente varias acciones frente a una o varias personas, en cuyo caso los criterios para determinar el tribunal competente son: el del lugar que corresponda a la acción que sea fundamento de las demás; en su defecto, aquel que deba conocer del mayor número de acciones acumuladas; en último término, el del lugar que corresponda a la acción más importante cuantitativamente.

El art. 53.2 LEC se refiere al caso de que hubiera varios demandados y conforme a las reglas que determinan la competencia territorial pudiera corresponder el fuero a los tribunales de más de un lugar. En este caso la norma permite al actor presentar la demanda ante cualquiera de los tribunales competentes

a elección del demandante. Con lo que al existir libre elección del actor se evita cualquier discrepancia en materia de fuero.

En materia de acciones colectivas la acción que se puede acumular desde el principio del proceso es la de devolución de cantidades e indemnizatoria del art. 12.2 LCGC. Esta acción es siempre accesoria de la de cesación con lo que será tribunal competente el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás, es decir, la acción principal o acción colectiva de cesación.

El art. 17.4 LCGC permite ejercitar, conjuntamente, contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones, las acciones de cesación, retractación y declarativa, lo que exigirá seguir los criterios expresados del art. 53 LEC para determinar el tribunal competente y justificar con la demanda, en su caso, que es el tribunal al que se dirige el competente para conocer del mayor número de acciones acumuladas, o bien el del lugar que corresponde a la acción más importante en cuantía.

5. Especialidades relativas a las partes: pluralidad de partes

5.1. Consideración general

Además del tribunal competente para decidir el proceso sobre condiciones generales de la contratación intervienen en el mismo la parte demandante y la parte demandada, sin que exista especialidad alguna relativa a la capacidad para ser parte que regula el art. 6 LEC (es decir, aptitud o idoneidad para ser titular de derechos, cargas y deberes dentro de un proceso) o a la capacidad procesal (aptitud o idoneidad para actuar válidamente dentro de un proceso) que está vinculada a la capacidad de obrar y que puede obligar a actuar con la asistencia o representación a que se refiere el art. 7 LEC. Tampoco existe especialidad en materia de

representación y defensa en juicio (arts. 23.1 y 31.1 LEC), por lo que será obligatoria la asistencia de procurador y abogado, salvo que concurra alguna de las excepciones que con carácter general establecen los mismos preceptos.

En materia de condiciones generales de la contratación hay algunas especialidades procesales significativas que vienen dadas en principio por un hecho relevante, cual es que las acciones colectivas que regula la LCGC sólo pueden ser ejercitadas por las entidades que relaciona el art. 16 LCGC, que no son parte en la relación contractual que contiene condiciones generales de la contratación, de ahí que dichas entidades deban reunir todas las exigencias legales para su válida constitución y atribución de personalidad jurídica. Al igual que en cualquier otro proceso, en los de condiciones generales de la contratación puede darse la situación de pluralidad de partes desde la posición de demandante o de demandado o de ambas, lo que puede originar tanto el proceso único con pluralidad de partes como la acumulación de procesos. Además, en estos procesos las leyes procesales suelen establecer vías de acceso amplias para los perjudicados a través del mecanismo de la intervención en los términos que seguidamente se indican. La Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 ha puesto especial énfasis en que se recojan figuras que la anterior legislación no regulaba, como es el caso del litisconsorcio (art. 12 LEC) y la intervención (arts. 13 y siguientes), integradas en un mismo capítulo dedicado a regular la pluralidad de partes en los juicios civiles.

5.2. Intervención y litisconsorcio en la LEC 1881

Durante la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 la intervención y el litisconsorcio fueron instituciones desarrolladas por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dada la escasa o nula regulación legal. Tradicionalmente se ha distinguido entre la intervención voluntaria y la provocada,

según que la misma se produzca por la exclusiva voluntad del tercero interviniente o bien se produzca por iniciativa tomada por alguna de las partes del proceso ya iniciado. Dentro de la voluntaria se incluía la intervención adhesiva (el tercero accede al proceso para defender la posición de una u otra de las partes originarias del mismo ya que al tercero no le asiste la facultad de promover el juicio) y la intervención principal en la que el tercero se dirige contra las dos partes y formula una pretensión que es incompatible con la que ha sido formulada en el proceso por el demandante.

Los autores más recientes distinguen dentro de la intervención adhesiva (no principal) la litisconsorcial y la simple, según la conexión que exista entre la pretensión del demandante o del demandado y la del interviniente, y el alcance que sobre éste pueda producir efectos directos o reflejos la sentencia²¹⁷.

La STS1ª de 9 de octubre de 1993 (RAJ-8175), después de señalar la absoluta y censurable orfandad regulatoria de esta materia en la Ley procesal de 1881, ya indicaba que la intervención litisconsorcial “*viene determinada y justificada por la circunstancia de que la sentencia única que, en cuanto al fondo del asunto propiamente dicho, recaiga en el proceso seguido entre las partes originarias, haya de producir efectos directos (no reflejos) contra el tercero interviniente, con la consiguiente vinculación de este a la cosa juzgada*”.

También la STS1ª de 8 de abril de 1994 (RAJ-2734) señalaba que: “*en cierta relación con la figura del litisconsorcio, se encuentra el instituto de las intervenciones principal y adhesiva, las que, al igual que sucede con aquélla, carecen en nuestro derecho de una concreta regulación, y en cuanto a su respectiva significación, la intervención principal acontece cuando un tercero por medio de una demanda independiente se atribuye para sí, total o parcialmente, el objeto de*

²¹⁷ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración [...]*, cit, p. 190.

un proceso pendiente, en virtud de un derecho contra ambas partes del mismo, y la adhesiva concurre cuando un tercero ingresa en un proceso pendiente pero no alegando un derecho independiente respecto del de las partes que ya figuran en él, sino con el solo fin de coadyuvar a la victoria de una de ellas, por ser titular de un interés jurídico que se beneficiaría con ese resultado favorable".

Siguiendo la misma línea jurisprudencial la STS1ª de 3 de diciembre de 2004 (RAJ-7564) indica que *"la intervención adhesiva no es una figura extraña a nuestro derecho, y ha sido admitida legalmente en el ámbito del proceso Contencioso-Administrativo; y, por lo que concierne al civil, tiene precedentes en la Ley IV, Título XXIII, Partida 3ª («Tomar pueden el alçada non tan solamente los que son señores de los Pleytos, o sus Personeros quando fuere dado juyzio contra ellos, assi como mostramos; mas aun todos los otros, a quien pertenece la pro, o el daño que viniese de aquel juyzio»); también, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1881 se refiere a esta figura en sus artículos 1276, párrafo tercero, 1328 y 1394; la doctrina jurisprudencial la ha aceptado (SSTS 28 de diciembre de 1906, 21 de marzo de 1911, 6 de marzo de 1946 [RJ 1946\260], 17 de febrero de 1951 [RJ 1951\589], 17 de octubre de 1961, 3 de marzo de 1992 [RJ 1992\1836] y 9 de octubre de 1993 [RJ 1993\8175], entre otras muchas), y, aparte de otras, la STS de 22 de abril de 1987 ha declarado que si los efectos hacia tercero se ocasionan con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material les afecte con carácter prejudicial o indirecto, se podrá originar una intervención adhesiva; y, además, la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 la contempla en su artículo 13."*

Termina la sentencia refiriendo los caracteres más significativos de la intervención destacando lo siguiente:

"la intervención adhesiva del coadyuvante en lo civil, queda definida por estas notas esenciales: no le asiste la facultad de promover el juicio²¹⁸; ha de aceptar el resultado del proceso hasta el momento de su intervención, con efectos preclusivos para él; puede ayudar la gestión del litigante a quién se adhiera, contribuyendo al éxito de sus propios medios de defensa, o utilizando, en provecho común, aquellos de que esté especialmente asistido; y, por obra de su intervención, queda vinculado a la resolución del proceso, no sólo con la parte a cuyos fines coadyuvó, sino también en relación con la contraria"²¹⁹.

La LEC 2000 ha excluido de modo claro la intervención principal que no está admitida²²⁰, sin perjuicio de que pudiera lograrse la misma finalidad con la acumulación de procesos, al mismo tiempo que regula el litisconsorcio y la intervención en la forma que seguidamente se indica. La exclusión se explica por la complejidad de articulación formal de un proceso en el que coexistan tres posiciones procesales enfrentadas entre sí (que es lo que ocurre con la intervención principal), quebrantando la dualidad de partes típica del proceso contradictorio; si bien, es cierto que a través de la actual acumulación de procesos -que es trasunto de la vieja acumulación de autos- puede construirse un proceso civil con más de dos posiciones procesales e igualmente complejo: esa es probablemente la razón de que los órganos judiciales sean reacios a su admisión.

5.3. El litisconsorcio en la LEC 2000, caracteres generales

Entendido como acumulación inicial de partes, nuestro ordenamiento procesal vigente (LEC) admite tanto el litisconsorcio voluntario como el necesario,

²¹⁸ Insiste en la exigencia de este requisito la STS1ª de 24 de febrero de 2011 (RAJ-2479).

²¹⁹ Las SSTS1ª de 12 de marzo de 2009 (RAJ-1646) y de 28 de junio de 2011 (RAJ-4896) resumen los mismos criterios de las sentencias que se acaban de reseñar, entre otras muchas.

²²⁰ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de [...]*, cit., p. 189.

este segundo en la posición procesal de demandado. La regulación del litisconsorcio se contiene en el art.12 LEC, partiendo, como principio general, de la posibilidad de comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir, litisconsorcio voluntario (art. 12.1). Esta figura guarda relación con la acumulación subjetiva de acciones a que se refiere el art. 72 LEC, a la que por ello Montero Aroca denomina como acumulación objetivo-subjetiva²²¹.

La LEC se refiere seguidamente (art. 12.2) al litisconsorcio pasivo necesario. Cuando por razón de lo que sea objeto del proceso la tutela solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. Obviamente este es el supuesto más importante de los de pluralidad de partes en el proceso civil pues su omisión impide un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, es decir, una sentencia con efectividad o como dice el art. 12.2 LEC “*la tutela sólo pueda hacerse efectiva frente a varios conjuntamente*” y su base está en que algunas relaciones jurídicas materiales no son susceptibles de ser fraccionadas.

Por otra parte, el silencio al respecto del art. 12.2 LEC impide hablar del llamado litisconsorcio activo necesario pues ese precepto no lo menciona, a pesar de que algunas sentencias han admitido la posibilidad de este tipo de litisconsorcio, bien con esta denominación bien considerando que su no constitución supone una falta de legitimación en el actor para obtener la tutela que solicita. Los casos más relevantes se refieren a compras o ventas realizadas por varios compradores o

²²¹ MONTERO AROCA J., *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 215-219; si bien recoge por nota la posición distinta de otros autores como BANACLOCHE PALAO J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con de la Oliva, Díez-Picazo y Vegas, Madrid 2001, pp. 101-102; y DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ I., *Derecho Procesal Civil. El Proceso* [...], cit., pp. 206-207, que hablan de dos instituciones diferentes: una la acumulación subjetiva y otra de litisconsorcio voluntario, a pesar de que tienen el mismo fundamento, con el mismo tratamiento procesal e idénticos requisitos.

vendedores en las que uno de ellos pide después la resolución sin contar con el otro comprador o vendedor. Montero Aroca, reconoce que en esos casos sin embargo no se puede obligar a una persona a litigar como demandante, sobre la base de que la relación jurídica no se puede escindir que justifica el litisconsorcio, aunque esa persona tampoco puede impedir que demande el cotitular o copropietario del derecho. La solución debe venir por otras vías, como la del art. 14.1 LEC que permite al demandante llamar a un tercero (en este caso al cotitular renuente) para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado, en los casos en que sea posible, o bien llamarlo como demandado para que pueda contestar de modo expreso a la demanda y exponer su voluntad al respecto²²².

Es evidente por otro lado que la relación jurídica subyacente en el pleito puede afectar de forma directa al interviniente cuando es cotitular de la misma, como ocurre en el caso de las obligaciones solidarias, en las que puede tener la condición de acreedor o deudor de la obligación (intervención litisconsorcial), mientras que en otros casos el interviniente nunca podrá tener esa condición de cotitular aunque sí puede tener un interés en el pleito al estar afectado de forma refleja por el resultado del mismo, como ocurre el caso del que posee en precario un inmueble que no le interesa que cambie el propietario que le permite o consiente su condición de precarista (intervención adhesiva simple). Obviamente en estos casos la sentencia que se dicte no puede tener los mismos efectos para una y otra modalidad de interviniente.

En los procesos sobre condiciones generales de la contratación no existen normas especiales en materia de litisconsorcio, por lo que regirán los mismos criterios que rigen para cualquier otro proceso, referidos a la parte demandada que en los procesos que nos ocupan es siempre el predisponente.

²²² MONTERO AROCA J., *De la legitimación en el proceso*[...], cit., p. 236.

5.4. La intervención en la LEC, caracteres generales

La Ley procesal regula dos tipos de intervención: la voluntaria (art. 13 LEC) y la provocada (art. 14 LEC), bien a instancia del demandante bien del demandado, en los casos en que la ley lo permita, es decir, tiene que existir una norma material que autorice la llamada del posible interviniente. Los números uno y dos del art. 14 de la LEC se limitan a establecer el momento procesal y los requisitos de audiencia y contradicción necesarios antes de que se dicte la resolución del tribunal al respecto.

La intervención voluntaria (la que más interesa a los efectos del tema que nos ocupa), con base en un interés directo y legítimo, considera al interviniente como parte (demandante o demandada) a todos los efectos, con un estatus jurídico idéntico al de las partes originarias. Con ello desaparecen las diferencias procesales de la distinción, de origen jurisprudencial referida, entre intervención adhesiva litisconsorcial e intervención adhesiva simple y la limitación de las facultades de intervención que para este segundo supuesto establecía la misma jurisprudencia.

La STS1ª de 20 de diciembre de 2011 (RAJ-7329), matiza la condición de parte del interviniente que lo hace como parte demandada al señalar (FJ 3º): *“En el proceso civil, la cualidad de parte demandada corresponde al sujeto frente al que el demandante pretende la tutela ante los tribunales. Es el sujeto al que ha de afectar - por la situación que ocupa en una relación jurídica- la decisión solicitada en la demanda, y es esa situación en la relación jurídica lo que le legitima pasivamente para ser demandado. Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 5.2 y 10 LEC, en coherencia con el principio dispositivo y de aportación de parte que rige el proceso civil, al que se refiere el artículo 216 LEC. El sujeto solo adquiere la condición de parte demandada si frente a él se ejercita una pretensión. En consecuencia, el tercero cuya intervención ha sido acordada solo adquiere la cualidad de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al tercero. Si el*

demandante no dirige expresamente una pretensión frente al tercero, la intervención del tercero no supone la ampliación del elemento pasivo del proceso. El tercero no será parte demandada y la sentencia que se dicte no podrá contener un pronunciamiento condenatorio ni absolutorio del tercero. Lo dicho no se contradice con las previsiones de la LEC sobre la actuación del tercero. Que el tercero pueda actuar como parte demandada significa que su posición formal es la de una parte -aunque no desde el punto de vista material porque no ha sido demandado- por lo que tendrá las oportunidades de alegación y defensa que la tramitación del concreto proceso permita a las partes. La situación del tercero que no ha sido demandado es la posición de quien está al cuidado del litigio, como sujeto interesado al que, sin soportar la acción, la LEC le permite una actividad en el proceso dirigida a conseguir que este tenga un resultado lo menos adverso posible para los intereses del tercero que puedan verse afectados de forma refleja, con la función de precaverse de la gestión procesal de la parte correspondiente.”

Sin embargo, hay que reconocer que la regulación de la intervención en la LEC 2000 queda lejos de los propósitos que anuncia su exposición de motivos, apartado VII, según la cual: la Ley contiene *nuevos preceptos* que regulan lo relativo a las partes del proceso de “*modo más completo y con más orden y claridad*”, y mejorando aspectos tales como “*la sucesión procesal, la intervención adhesiva litisconsorcial y la intervención provocada*”. A propósito de las partes, se aborda la realidad de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso por los propios lesionados o por personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de aquellos intereses, haciendo posible la actuación procesal de las personas jurídicas y de los grupos de afectados y habilitando la posibilidad de llamar al proceso a quienes, “*sin ser demandantes, puedan estar directamente interesados en intervenir*”.

El art. 13.1 LEC parte del principio general de que, mientras esté pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado quien acredite tener

“*interés directo y legítimo*” en el resultado del pleito, con lo que el interviniente lo primero que tiene que acreditar es que existe ese interés directo y legítimo, sin cuya concurrencia no podría tener la condición de interviniente. Igualmente se permite que cualquier consumidor o usuario intervenga en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquellos (como señala el último párrafo de dicho artículo). Esto supone introducir a un tercero en un procedimiento judicial ya en marcha entre otras personas para convertir al tercero en parte.

También las entidades del art. 16 LCGC podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas (párrafo final de este artículo), tanto si la sentencia ha de afectar directamente a los intereses que representan, como si la eficacia que ha de desplegar sobre ellos es refleja. En función de los intereses que representan pueden comparecer para apoyar la postura de uno de los litigantes, o para defender los derechos por ella representados, con lo que se les reconoce autonomía tanto material como procesal, siendo la primera el *prius* de la segunda.

El interviniente deberá tener capacidad para ser parte y capacidad procesal y comparecer debidamente representado y asistido de Procurador y Abogado, con igual exigencia para las partes iniciales, todo ello en los términos que establecen los arts. 6, 7, 23 y 31 y concordantes de la LEC. La solicitud de intervención, según el art. 13.2 LEC, no suspende el proceso. En la solicitud de intervención se ha de concretar en qué posición (activa o pasiva) quiere figurar el interviniente, sin establecer la ley requisitos especiales para esta petición, debiendo aportar únicamente el principio de prueba que justifique *in limine* su carácter, exigido en este tipo de intervención²²³. El tribunal debe resolver la solicitud, previa audiencia de las partes personadas, en el plazo común de diez días. La forma de resolver la solicitud es mediante Auto, que será recurrible en los términos del art. 451 LEC.

²²³ Sin embargo, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ I., afirma que el escrito debe revestir forma de demanda, *Derecho Procesal Civil. El Proceso* [...], Ibidem, p. 189.

No establece la LEC un criterio determinado para la audiencia de las partes, lo que quedará al prudente criterio del tribunal ante la laguna legal al respecto (para algunas situaciones análogas la LEC establece un plazo de alegaciones de diez días, cfr. art. 83.1 LEC). Tampoco establece la forma de desarrollar la audiencia de las partes, por lo que habrá que entender que debe ser por escrito, aunque plena, con posibilidad no sólo de alegaciones sino también de proponer la prueba que las partes estimen conveniente a su derecho y que, de admitirse, habrá que practicar en presencia del tribunal en vista pública.

5.5. Facultades del interviniente

Si se admite la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pese a que el interviniente tenga desde ese momento la consideración de parte a todos los efectos (art. 13.3 LEC). La Jurisprudencia antes señalada (STS1ª de 20 de diciembre de 2011, RAJ-7329) y algunos autores señalan que esa consideración de parte no se refiere a que sea parte material, sino que se trata sólo de una equiparación funcional, es decir, el interviniente queda revestido de las facultades y poderes procesales que corresponden a las partes, pero no por ello queda convertido en tal, pues ni propiamente pretende cosa alguna ni contra él se pretende nada²²⁴. Si tiene oportunidad procesal para ello, podrá defender las pretensiones de su colitigante o las que él mismo formule. También podrá formular las alegaciones precisas para su defensa y que no hubiere formulado por pertenecer a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. En caso de que las formule, es obligado dar traslado a las demás partes por plazo de cinco días (art. 13.3, párrafo segundo,

²²⁴ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ G., “Intervención Adhesiva y Cosa Juzgada”, Revista Aranzadi Doctrinal nº 10, Febrero 2013, p. 215.

LEC)²²⁵. Como se ha indicado, el interviniente no puede recuperar actuaciones ni abrir plazos precluidos, aunque puede comparecer incluso en la segunda instancia, salvo el caso de los intervinientes consumidores y usuarios según se expresa seguidamente.

Parte inicial e interviniente actúan independientemente y los actos de uno de los litigantes no vinculan al otro, pudiendo utilizar cada uno medios de ataque y defensa distintos e incluso opuestos y obliga al tribunal si desestima la pretensión del que fue parte *ab initio* a pronunciarse, en su caso, sobre la del interviniente. Y si la parte inicial se allana o desiste del proceso, el interviniente está facultado para continuarlo en las sucesivas instancias. El interviniente puede interponer todos los recursos previstos en la ley tanto frente a resoluciones interlocutorias como definitivas, aunque el colitigante las consienta o no recurra. Igualmente le serán aplicables las normas del artículo 252 LEC para determinar la cuantía en los procesos con pluralidad de partes. Además, el art. 222.3 LEC señala que “*la cosa juzgada afectará a las partes del proceso*”, condición de parte que tiene el interviniente, como hemos señalado.

En definitiva, el interviniente tiene reconocida la condición de parte y podrá actuar con independencia del actor y del demandado, como tiene reiterado la jurisprudencia y hoy consagra el art. 13 nos. 2 y 3 LEC. Por ello no podrá ser testigo, perito, o cualquier otra posición que requiera inexistencia de interés directo, sólo se distingue de las partes originarias por el distinto momento en que accede al pleito, se lucra de todos los efectos favorables obtenidos por la parte originaria antes de personarse el interviniente y no se verá perjudicado por los actos realizados por su colitigante (renuncia, desistimiento, allanamiento, transacción, confesión, etc.).

²²⁵ La Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, modificó esta norma atribuyendo al Secretario Judicial la obligación de dar traslado a las demás partes de esas alegaciones por el plazo indicado de cinco días.

Si desde la perspectiva de las facultades de actuación procesal es claro que el interviniente tiene la consideración de parte, no puede decirse lo mismo atendiendo los efectos que para el interviniente puede suponer la sentencia que ponga fin al proceso que, en los casos en que se ejercitan acciones colectivas, sólo pueden recaer sobre las entidades que intervienen en dichos procesos como legitimadas (art. 16 LCGC) y los adherentes realmente perjudicados que tengan la condición de intervinientes, a los que alcanza la sentencia tanto en el caso de que sea estimada la demanda como desestimada.

6. Las especialidades de la intervención en los procesos en que se ejercitan acciones colectivas de la ley de condiciones generales de la contratación.

La Ley de Enjuiciamiento Civil establece una regulación de la intervención que supone más claridad, mayor precisión y mayores garantías a la hora de tutelar los derechos de los adherentes a contratos con condiciones generales, también supone un avance ya que la anterior Ley procesal no dedicaba al tema ningún precepto, incluso el derogado art. 18 LCGC²²⁶, bajo la llamativa rúbrica de “*intervinientes en el proceso*”, hacía una regulación concisa de la intervención²²⁷.

Las normas de la actual Ley procesal parecen responder al objetivo determinado de que cualquier particular en quien concurra la condición de perjudicado por la utilización de cláusulas nulas pueda aprovecharse de los efectos

²²⁶ Precepto derogado por la Disposición Derogatoria Única de la LEC 2000, apartado 2 nº 15º, vid. comentario al precepto derogado de AGUILERA MORALES M., *Comentarios a la Ley de Condiciones* [...], cit., dir. A. Menéndez y L. Díez-Picazo, pp. 753 y ss.

²²⁷ Lo más relevante era lo que determinaba el art. 18 de la LCGC en su número 2 al ordenar que “*El interviniente será tenido por parte sin que se retroceda en las actuaciones, pero podrá utilizar en adelante los medios de defensa o recursos con independencia del actor o demandado*”. La vigente LEC establece un criterio muy similar (art. 13.3).

beneficiosos que para él puedan derivarse del proceso colectivo ya iniciado, así como eludir el riesgo de que se dicten sentencias contradictorias, lo que podría ocurrir si la intervención estuviera vedada y sólo tuviera como alternativa iniciar otro proceso.

Los caracteres generales de la intervención, aplicados a los procesos en que se ejercitan acciones colectivas sobre condiciones generales, tienen algunos matices que se deben resaltar, toda vez que estos procesos se inician a instancia de las entidades que relaciona el art. 16 LCGC, que no son parte del contrato, y a través del mecanismo de la intervención se permite el acceso del adherente (parte del contrato) al pleito, adherente que está legitimado para promover el ejercicio de las acciones individuales pero no para el ejercicio de las acciones colectivas.

El párrafo segundo del artículo 13.1 LEC admite una interpretación mucho más amplia de la intervención del consumidor o usuario en los procesos instados por las “*entidades legalmente reconocidas*”, como son algunas de las que enumera el art. 16 LCGC, ya que la mera condición de consumidor parece habilitar la intervención en ese tipo de procesos sin necesidad de acreditar la existencia de un interés directo y legítimo en el resultado del pleito que exige el párrafo primero del mismo art. 13.1 LEC. A nuestro entender, la interpretación correcta debe ser la exigencia de ambos requisitos y el consumidor que quiera intervenir en esos procesos deberá acreditar tanto su condición de consumidor o usuario del bien o servicio en cuestión como la existencia de un interés directo y legítimo en el resultado del pleito.

En principio, si el art. 16 LCGC restringe la legitimación activa a las entidades mencionadas en el mismo, no debería admitirse que una persona no relacionada en tal precepto tenga derecho a combatir en el ámbito del control abstracto de las acciones colectivas las cláusulas de determinadas condiciones generales con base en el art. 12 LCGC. Por ello la intervención sólo debería

intentarse con éxito por alguna de las entidades relacionadas en el art. 16 LCGC. Las demás personas no tienen derecho reconocido y por tanto carecen de legitimación y no podrán incorporarse como intervinientes en las fases sucesivas del proceso. Lo que quiere decir que no debería ser admitido como interviniente quien no pudo ser demandante en el ejercicio de las acciones colectivas.

Sin embargo esta interpretación es contraria a lo que prevé el art. 12.2 LCGC, que autoriza a acumular la acción de devolución de cantidades e indemnización de daños con intervención necesaria del particular afectado, y también a los objetivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que trata de “*localizar*”, como ya hemos señalado, al particular afectado (consumidor, usuario, adherente), tanto para provocar durante el proceso su intervención (arts. 15 y 150.2 LEC) como incluso para incorporarlo al momento posterior de ejecución de sentencia (arts. 221 y 519 LEC), lo cual originará que exista un interés legítimo y directo del interviniente en el resultado del pleito que habilite la intervención del particular afectado.

Por otra parte, la calidad de la intervención es una cuestión que, por regla general, no se examina “*in limine litis*” sino en la sentencia, por tanto un pronunciamiento sobre la existencia del derecho e interés directo y legítimo para intervenir debe relegarse al momento final de la instancia. Sin embargo, en determinados casos, el legislador, bajo la figura de “*interesados*” o de sujetos titulares de la acción, define a priori quién está legitimado activamente, de forma que sumariamente puede enjuiciarse al presentar la demanda si el sujeto tiene legitimación. Así ocurre en materia de control abstracto de las condiciones generales de la contratación. De la misma manera que puede determinarse quién debe ejercitar la acción, estando obligado a acreditar su condición desde el principio, también puede señalarse quién podrá ser admitido al litigio como interviniente.

Desde el ámbito de la legitimación pasiva que regula el art. 17 LCGC parece claro que entre los intervinientes pueden contarse alguna de las entidades que señala

el art. 16 LCGC que igualmente pueden tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito. Ahora bien, no debemos perder de vista que estamos ante el ejercicio de acciones colectivas dimanantes de un derecho supraindividual, con lo que la eliminación de las condiciones abusivas es un objetivo buscado no tanto para proteger el interés de los consumidores individualmente sino el interés general, donde se encuentra también el interés de otros profesionales competidores predisponentes a los que interesa que desaparezca la condición abusiva distorsionante o que se obtenga la certeza de la licitud de la condición idéntica. Lo primero se consigue mediante la demanda inicial o la intervención como parte actora, lo segundo podrá ser defendido mediante la intervención pasiva como parte demandada.

La intervención pertenece a la categoría de “*voluntaria*”, la expresión que la define es la de “*podrá*” o “*podrán*”, si lo estiman oportuno, referida al sujeto que no está presente en el litigio inicialmente porque no es demandante ni demandado, decidiendo a posteriori intervenir en él apoyando la posición de una de las partes por interesarle en virtud de la eficacia directa o refleja de la sentencia, susceptible de perjudicar sus derechos. La intervención tiene el carácter de litisconsorcial (litisconsorcio voluntario) cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir, tal como exige el art. 12.1 LEC. Por el contrario, tendrá el carácter de adhesiva simple cuando el interviniente no tenga legitimación para promover la acción colectiva sino que su legitimación se concrete para obtener los efectos de la acción accesorio que se ejercite acumulada a la colectiva, al ser la persona con derecho a obtener la devolución de las cantidades indebidamente entregadas o los daños y perjuicios derivados de la utilización de condiciones consideradas nulas.

Para las entidades del art. 16 LCGC la intervención constituye una carga, por lo que queda a su voluntad el comparecer o no, incluso para el Ministerio Fiscal la decisión de intervenir constituye una facultad, pues no hay disposición que imponga

la intervención. En definitiva, como señala el art. 13.1 LEC, al interviniente se le admite “*como demandante o demandado*” con la condición de que “*acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito*”.

Dicho lo anterior, se debe señalar que si el legislador pretende que el consumidor o usuario intervenga en el proceso de acciones colectivas, sobre todo cuando junto con la acción principal colectiva se ejercita la acción accesorio de devolución de cantidades e indemnización de daños (que es cuando tiene más sentido esa intervención), nos parece obligado reducir los costes de esa intervención ya que si el interviniente tiene que valerse de abogado y procurador le puede suponer un cargo excesivo que le lleve a renunciar a esa alternativa. Por ello, entendemos, que la norma debería establecer una intervención para consumidores y usuarios con menos trámites y menos costes, como una especialidad de estos procesos, si se quiere que esa intervención sea realmente efectiva.

7. La intervención de los perjudicados en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios.

Una de las mayores dificultades del proceso se produce a la hora de poner en conocimiento de los posibles afectados la existencia de un proceso colectivo o para la protección de intereses difusos. En el proceso para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, una vez iniciado, la LEC establece algunas previsiones tendentes a facilitar la búsqueda y llamada de los perjudicados por el hecho dañoso al objeto de posibilitar su intervención, además de la diligencia preliminar prevista en el art. 256.1-6º LEC. La Ley procesal trata de identificar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean “*fácilmente determinables*”. En todo caso, es evidente que en el

supuesto de una pretensión pecuniaria el proceso puede continuar con esa indeterminación subjetiva de afectados o perjudicados, e incluso puede haber una condena genérica a indemnizar, si bien en fase de ejecución habrá que proceder a la determinación de quienes pueden verse beneficiados por aquella.

En el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil se encuentran los mecanismos para buscar la efectividad en la práctica de la tutela que se pretende, en el momento en que se plantea el ejercicio de la acción para la defensa de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios. Tales mecanismos se centran en la llamada al proceso de los perjudicados por el hecho dañoso con el fin de que, si conviene a sus intereses, puedan intervenir en el mismo, en los términos que señala el art. 15 LEC. Tal precepto prevé el caso de que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas en procesos para la protección de los referidos intereses. Este precepto se vincula con el art. 13.1 LEC que regula la intervención en el proceso y permite que cualquier consumidor o usuario pueda intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquellos. En este supuesto, la solicitud de intervención no comporta la suspensión del curso del proceso y el tribunal resolverá la solicitud mediante auto en el plazo de diez días, previa audiencia de las partes personadas. Si se admite la intervención, a partir de ese momento el interviniente es considerado como parte del proceso a todos los efectos (art. 13 nos. 2 y 3 LEC), todo ello en los términos que antes se han referido.

El art. 15.1 LEC se ha modificado por la disposición final primera de la Ley 29/2009 de 30 de diciembre (que entró en vigor el 1-1-2010) por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. La modificación del art. 15.1 LEC se concreta en añadir un párrafo segundo en base al cual, en los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se da

entrada al Ministerio Fiscal. El párrafo segundo del art. 15.1 LEC queda con la siguiente redacción: *“El Ministerio Fiscal será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique. El tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación”*.

En definitiva, se impone al tribunal la obligación de comunicar al Ministerio Fiscal la iniciación de este tipo de procesos para que valore si existe *“el interés social”* que justifique su intervención y la consiguiente personación en el proceso. No dice la nueva norma que sea función del Secretario judicial efectuar esa comunicación, aunque entendemos que sería incongruente que no la efectuara si nos atenemos a las justificaciones dadas por el legislador al establecer la nueva oficina judicial (ley 13/2009), pues tal acto de comunicación es típico de las nuevas funciones que tiene atribuidas, máxime cuando el párrafo primero del art. 15.1 LEC atribuye al Secretario judicial la obligación de publicar en medios de comunicación la admisión de la demanda para conocimiento de los posibles perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso.

Nada dice la norma del plazo que tiene el Ministerio Fiscal para solicitar su intervención por lo que habrá que admitirla mientras esté pendiente el proceso (art. 13.1 LEC) resolviendo el tribunal en la forma que se establece para todos los casos de intervención en el art. 13.2 LEC, con audiencia de las partes personadas que podrán oponerse si consideran y prueban que no existe un *“interés social”* que justifique la intervención del Ministerio Fiscal.

7.1. La publicación de la admisión de la demanda para facilitar la intervención del perjudicado

Con el indicado objetivo de búsqueda de los perjudicados, el art. 15 nº 1 párrafo primero y nº 2 LEC ordena que, en los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se efectúe un llamamiento al proceso a quienes puedan tener la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, con el fin de que puedan hacer valer un derecho o interés individual. Este llamamiento se efectúa publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses (art. 15.1 LEC)²²⁸.

El cumplimiento de esta obligación compete al propio Juzgado (por medio del Secretario judicial) que conoce de la demanda, como reconocen distintas resoluciones judiciales (AAAP Madrid (19ª) de 19 de mayo de 2005, y Gerona (2)^a, de 18 de enero de 2006 -AC 276-) al interpretar el mandato del art. 15.1 LEC expresado. En concreto el AAP de Gerona dice: *"El artículo 15.1 determina, a los efectos de que este tipo de procesos tengan la necesaria publicidad y permitan la intervención de los concretos afectados si así lo desean, que debe efectuarse un llamamiento al proceso de los mismos. Dicho llamamiento se efectúa mediante la inserción en medios de comunicación que se difundan en el correspondiente ámbito territorial, del auto por el que se admita a trámite la demanda. En el presente caso, dicha comunicación se ha efectuado. El cumplimiento de esta obligación compete al propio Juzgado"*.

²²⁸ La Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, modificó esta norma para atribuir al Secretario Judicial la obligación de hacer ese llamamiento por la publicación de la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses, al dar nueva redacción a los números 1, 2 y 3 del art. 15 LEC.

7.2. Obligación de notificar la demanda a los perjudicados determinados para posibilitar su intervención

De existir una pluralidad de perjudicados por el hecho dañoso que estén determinados o fácilmente determinables, la parte demandante deberá haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos estos interesados a efectos de que puedan intervenir en el proceso en las condiciones normales de la intervención para cualquier otro proceso (art. 15.2 LEC), y justificar ante el tribunal haber llevado a efecto esta obligación. La falta de esa comunicación es un defecto apreciable de oficio pues la exigencia del art. 15.2 LEC es imperativa (sentencia TS1ª de 29 de diciembre de 2010, RAJ 2011-148, fundamento tercero).

La Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, dio nueva redacción al número 2 del art. 15 LEC, introduciendo una modificación en la terminología al hablar de comunicar previamente *“el propósito de presentar la demanda”* a todos los interesados, mientras que la redacción anterior hablaba de *“haber comunicado previamente la presentación de la demanda”* a todos los interesados. Entendemos más adecuada la nueva expresión que permite efectuar la comunicación antes de presentar la demanda, pues el fin de la norma es que todos los interesados tengan conocimiento de la reclamación a plantear antes de iniciarse el proceso ya que los interesados están determinados, sin exigir la presentación efectiva de la demanda, lo que permitirá sumar esfuerzos y aportaciones de otros posibles demandantes o interesados en el resultado del litigio.

El cumplimiento o no de esa obligación obviamente quedará a la apreciación del tribunal. A título de ejemplo, en el caso resuelto por el AAP de Gerona que se acaba de citar, se considera que se ha dado cumplimiento de modo razonable a esa obligación cuando la Asociación de consumidores demandante ha aportado: *"52 acuses de recibo de cartas remitidas a sus asociados poniendo en su conocimiento*

la presentación de la demanda; ha remitido otra comunicación por correo electrónico; ha convocado una asamblea de asociados con idéntico fin y ha colocado igual comunicación en su página web". Otra interpretación, concluye, supondría aplicar "un rigor tan extremo que acabe chocando con el mismo derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24.1 CE; lo que implica que los requisitos procesales hayan de interpretarse en la forma más favorable a la eficacia de tal derecho".

Compartimos el criterio de la resolución transcrita que, además, coincide con la notoria Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el art. 24 de la Constitución relativo a la tutela judicial efectiva sin indefensión, pues como recuerda la sentencia de la Sala Segunda del TC número 54/2010, de 4 de octubre de 2010: *“La tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE consiste, como este Tribunal ha declarado en tantas ocasiones, en el derecho que tienen todas las personas al acceso a los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, con arreglo a las normas de competencia y procedimiento legalmente establecidas y a obtener de los mismos una resolución fundada en Derecho, tras un proceso en el que se garantice adecuadamente el derecho de defensa de los afectados y se respete, entre otros, el principio de contradicción y la igualdad entre las partes”*.

Así mismo, la STC de 10 de diciembre de 2012 (nº 231/2012) recuerda que el derecho a la jurisdicción *“no consiente interpretaciones y aplicaciones de los requisitos legales caracterizadas por el rigorismo, el formalismo o la desproporción entre los fines que preservan y la consecuencia del cierre del proceso que conllevan, con eliminación u obstaculización injustificada del derecho a que un órgano judicial resuelva sobre el fondo de la pretensión a él sometida”* (Fdt. segundo apartado a). En el mismo sentido, sobre la interpretación del principio *pro actione* (a favor de la acción), la STS1ª de 26 de febrero de 2013 (RAJ-3082) apartado 54.

Si al presentar la demanda no se acredita haber dado cumplimiento a esa obligación de comunicación, entiendo que estamos en presencia de un defecto subsanable (art. 231 LEC, en relación con el art. 403 LEC) para el que se le dará el plazo de diez días para que sea subsanado, con el apercibimiento de archivo aplicando por analogía el art. 254.4 LEC y el art. 418 LEC.

7.3. La forma de facilitar la intervención en los casos de intereses difusos e indeterminación subjetiva

Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento al proceso de esas personas, a través de la publicación de la admisión de la demanda en la forma antes referida para las asociaciones o entidades de protección de los derechos de consumidores y usuarios y para los grupos de afectados (art. 15.1 LEC), suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses (art. 15.3 LEC); que se determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados²²⁹.

Durante el tiempo que el proceso está en suspenso con el fin de determinar quiénes son los afectados o perjudicados, puede suceder: a) que comparezcan todos al llamamiento, en cuyo caso se reanuda con los personados individualmente; b) que sólo comparezcan algunos en el plazo que señala el art. 15.3 citado, el proceso se reanuda con los personados y dicho precepto imposibilita la personación individual en momento posterior; c) que no comparezca ninguno: aún en ese caso el proceso

²²⁹ La Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, modificó la norma para atribuir al Secretario Judicial la facultad de determinar el plazo concreto en cada caso, al dar nueva redacción al número 3 del art. 15 LEC.

podría continuar y posteriormente, tras la condena genérica dineraria, en su caso, personarse en los términos que la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 221 y 519) admite.

El proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores y usuarios en momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 LEC que comentaremos al determinar los efectos de las sentencias dictadas en este tipo de procesos. El que acude al llamamiento tiene la condición de interviniente y parte a todos los efectos con las facultades y obligaciones que con carácter general se han señalado.

Al respecto, el ATS1^a de 26 de octubre de 2004 (RAJ-2532) establece que: *"ha de tenerse en cuenta que la intervención procesal de los consumidores y usuarios perjudicados puede tener lugar en forma voluntaria mientras se encuentre pendiente el juicio, según los artículos 13, 14 y 15 (en relación con el 11) LEC, debiendo seguirse el procedimiento que el precepto establece y conforme al mismo se produce preclusión absoluta cuando no se atiende esta intervención provocada, lo que es impeditiva de la posibilidad de personamiento individual posterior por no haber acudido al llamamiento, sin perjuicio de que los interesados puedan hacer valer sus derechos conforme a los artículos 221 y 519".*

Esta resolución deja claro que la intervención de los consumidores y usuarios sólo está prevista para la primera instancia, en la forma que indican los artículos que cita, y para momentos posteriores sólo cabe hacer uso de los derechos o posibilidades que ofrecen los artículos 221 y 519 LEC. Ahora bien, como concluye este Auto, las previsiones del art. 519 LEC sólo declaran beneficiarios de la sentencia a los que hacen uso de los derechos que reconoce tal precepto, pero nunca

pueden tener la condición de parte ni pueden personarse en esa condición en el recurso de casación.

7.4. La facilidad o dificultad para determinar las personas perjudicadas

Los distintos supuestos que contempla el art. 15 LEC, parten de la facilidad o dificultad de determinar las personas perjudicadas, criterio que nos pone ante un concepto jurídico indeterminado y susceptible de interpretación subjetiva. La STS1ª de 13 de marzo de 2012 (RAJ-4527) indica que la facilidad o dificultad en la identificación de los perjudicados, de la que depende la calificación de los intereses como colectivos o difusos, constituye una condición susceptible de ser valorada en casación. También expresa que la dificultad en la determinación de los perjudicados por las cláusulas calificadas como abusivas y sancionadas con la nulidad, no puede concurrir cuando quien la afirma está en situación de dar a conocer, por sus propios archivos, quienes son las personas con las que contrató, y de las que periódicamente recibe la contraprestación con cada una de ellas pactada (en el mismo sentido STS1ª de 29 de diciembre de 2010, RAJ-2011-148). Además, concluye, quien denuncia un óbice que estaba a su alcance eliminar faltaría a la necesidad de actuar conforme al estándar ético de la buena fe en el proceso.

Algunas resoluciones judiciales de las Audiencias Provinciales, como las antes citadas: AAAP Madrid (19ª) de 19 de mayo de 2005 y Gerona (2ª) de 18 de enero de 2006, analizan los criterios de facilidad o dificultad para identificar a los perjudicados. Este último Auto indica que existen resoluciones de las Audiencias Provinciales que extreman el rigor interpretativo de lo que ha de estimarse fácil o difícil, afirmando que la dificultad ha de referirse al grado o posibilidad de

identificar a los afectados, no al trabajo que ello conlleve, aunque lo que entraña una especial laboriosidad implica, como mínimo, una cierta dificultad.

Ante la disyuntiva de aplicar un criterio de más o menos rigor sobre el tema, el AAP Gerona, siguiendo una línea más ponderada que también sigue la otra resolución referida, se pronuncia por una interpretación flexible a favor de aplicar, en casos dudosos, con preferencia el nº 3 del art. 15 LEC. Compartimos este criterio, que lo expresa el tribunal en los siguientes términos: *"En el caso de que sean muchos los afectados, lo que no deja de ser algo igualmente subjetivo y sometido a interpretación, parece más acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva la aplicación del apartado 3º y no del apartado 2º del art. 15 LEC, por la dificultad misma que entrañara su concreta determinación y el cumplimiento del requisito de la notificación previa a la interposición de la demanda. Si se tienen en cuenta las consecuencias jurídicas que acarrea una u otra interpretación (si se estima fácil la determinación es precisa la comunicación y si se estima difícil no), parece aconsejable moderar el rigor exigible puesto que ni más ni menos afecta al derecho al acceso a la jurisdicción de los usuarios que consideren que han quedado afectados por cualquier tipo de práctica comercial"*.

En definitiva, compartimos los criterios que expresa la resolución que se acaba de transcribir tendentes a facilitar a los consumidores el acceso a la jurisdicción en sintonía con los derechos que tienen reconocidos en la Constitución.

7.5. Excepciones a las reglas de publicidad

La Ley 39/2002 de 28 de octubre con el fin de garantizar la rapidez de los procesos en que se ejercite la acción colectiva de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, ha añadido un nº 4 al art. 15 LEC, en virtud del cual se exceptúa *"de lo dispuesto en los*

apartados anteriores” (nos. 1, 2 y 3 del mismo art. 15) en los procesos iniciados mediante el ejercicio de dicha acción de cesación. Esta acción de cesación es la que la misma Ley 39/2002 estableció, añadiendo el art. 10 ter a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en la actualidad, art. 53 TR LGDCU). Por consiguiente, en esos procesos no existe obligación de efectuar el llamamiento, la publicidad y comunicación señalados en los tres primeros números del art. 15 LEC.

En esos procesos no existe por tanto obligación de efectuar el llamamiento, la publicidad y comunicación señalados en los tres primeros números del art. 15 LEC. También es verdad que la exclusión del llamamiento del art. 15 nº 4 LEC no impide que se lleve a cabo, incluso como diligencia preliminar (art. 256-6º LEC). Cabría también la posibilidad de que como consecuencia del llamamiento se pueden acumular acciones individuales a la colectiva. En base a lo normado en el párrafo segundo de la disposición adicional cuarta de la LCGC (añadida por la LEC en su disposición final sexta nº 5) se puede aplicar este criterio también cuando se ejercitan las acciones colectivas de la LCGC.

CAPÍTULO SÉPTIMO

ESPECIALIDADES PROCESALES DE LAS ACCIONES DE LA LCGC RELATIVAS A DILIGENCIAS PRELIMINARES, MEDIDAS CAUTELARES, PROCESO A SEGUIR Y ACUMULACION DE ACCIONES Y PROCESOS

1. Especialidades en materia de diligencias preliminares.

1.1. Introducción

Las diligencias preliminares son actuaciones previas a la demanda del proceso civil tipificadas en la Ley, que se solicitan al tribunal competente con el fin de obtener determinada información con trascendencia en los hechos o fundamentos legales de la futura demanda al objeto de evitar incurrir en errores en la misma que hagan fracasar lo que con el proceso se pretende conseguir. Su fundamento o justificación está en tres principios procesales básicos: el derecho a la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y la economía procesal²³⁰.

En algunos casos es necesario a las partes obtener determinados datos que concreten los derechos que pretenden ejercitar que sin el auxilio judicial no es posible conseguir y eso es lo que pretende facilitar el legislador a través de las diligencias preliminares para la protección y tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24 CE) del que quiere ejercitar sus derechos. Las diligencias preliminares constituyen un instrumento que permite acudir con una mayor seguridad jurídica a los procesos mediante el acceso al conocimiento de circunstancias esenciales que no están al alcance de los ciudadanos sin la ayuda del tribunal, al mismo tiempo que

²³⁰ BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias Preliminares*, Thomson-Civitas, Madrid 2003; ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares del proceso civil*, Editorial Bosch, Barcelona 1997; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias Preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Bosch, Barcelona 2009.

se vincula a la economía procesal pues evitan que se tramiten procesos inútiles que se formulen sin la suficiente base probatoria o el debido conocimiento de sus circunstancias.

Las diligencias preliminares se regulan en los arts. 256 a 263 de la LEC 2000, que sustituyen la regulación de la LEC de 1881 (arts. 497 a 502). La Exposición de Motivos de la LEC 2000 (apartado X, párrafo noveno) expresa que la regulación anterior de estas diligencias *“no distaban mucho del completo desuso, al no considerarse de utilidad, dadas las escasas consecuencias de la negativa a llevar a cabo los comportamientos preparatorios previstos, pese a que el tribunal considerara justificada la solicitud del interesado. Por estos motivos algunas iniciativas de reforma procesal civil se inclinaron a prescindir de este instituto”*.

Para evitar esas deficiencias, la LEC 2000 establece una regulación más moderna, que se asienta sobre el convencimiento de que caben medidas eficaces para la preparación del proceso. Por ello, mantiene el instituto, aunque trata de mejorarlo introduciendo algunas importantes reformas para revitalizar su uso e impedir el desuso que achacaba a la normativa anterior.

Por un lado, *“se amplían las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas”*²³¹. Por otra parte, sin incurrir en excesos coercitivos, se prevén respecto de la negativa injustificada a llevar a efecto la diligencia judicialmente acordada *“consecuencias prácticas de efectividad muy superior a la responsabilidad por daños y perjuicios”*²³², lo cual permite reforzar su utilidad y evita su consideración como institutos inútiles o ineficaces.

Con ello deja abierta una cierta polémica sobre si las diligencias que señala el art. 256.1 LEC constituyen una lista cerrada o tasada que no admite otras diligencias

²³¹ Exposición de Motivos LEC 2000, apartado X.

²³² Exposición de Motivos LEC 2000, apartado X.

que no sean las que señala dicho precepto o sean previstas por alguna otra ley especial. Los partidarios de la lista cerrada alegan que no existe en la LEC una cláusula abierta que permita una interpretación extensiva²³³, mientras que los partidarios de la tesis contraria admiten la posibilidad de otras diligencias que las expresadas en el art. 256.1, al no existir prohibición legal expresa, siempre que guarden una cierta analogía o identidad de razón con las de la lista de la LEC²³⁴, aunque sin admitir que puedan ser “*indeterminadas*”, límite que señala la exposición de motivos.

Entendemos que la intención del legislador se decanta por establecer una lista tasada de diligencias, lo que se pone de manifiesto en las modificaciones posteriores del art. 256.1 LEC llevadas a efecto por Ley 19/2006 de 5 de junio en materia de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial, aunque la admisión de diligencias similares por analogía o identidad de razón entraría en las facultades de interpretación normativa del tribunal (arts. 3 y 4 CC).

En la dirección indicada van también distintas resoluciones de las Audiencias Provinciales, así AAP Alicante (5ª) de 12 de Enero de 2011 (AC-279) recoge pronunciamientos de otros Autos, como el de 14 de junio de 2007 de la AP de Guadalajara, de 15 de marzo de 2007 de la AP de Cádiz, de 30 de junio de 2009 de la AP de Palma de Mallorca, que consideran que aun cuando la enumeración que contiene el art. 256.1 LEC queda limitada a los supuestos que contempla, la interpretación de los mismos debe hacerse de modo flexible, comprendiendo cuantas

²³³ En este sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Civitas, Madrid 2001; GARBERÍ LLOBREGAT, J., (con otros autores), *Los procesos civiles. Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Editorial Bosch, Barcelona 2001; LORCA NAVARRETE, A.M., “La regulación de las diligencias preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una regulación inconstitucional”, *Diario La Ley*, nº 5146 de 22 septiembre 2000.

²³⁴ En este sentido, BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias [...]*, cit., pp. 59 a 71; GONZÁLEZ GARCÍA, J., (con otros autores, coord. por Jiménez Conde), *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, Editorial Sepin, Madrid 2002.

situaciones puedan integrarse en los distintos números del precepto, habida cuenta de la finalidad que lo inspira de preparar un proceso o evitar su interposición cuando éste careciera abiertamente de fundamento, pues en definitiva, como recuerda la jurisprudencia del TS, son concebidas dichas diligencias preliminares como el conjunto de actuaciones judiciales dirigidas a aclarar las cuestiones que pudieran surgir antes del nacimiento de un proceso principal, teniendo por objeto obtener información sobre el fundamento mismo de la acción proyectada, para facilitar el desarrollo del juicio ulterior.

1.2. Especialidades en los procesos de consumo

La Ley 7/1998, tanto en su redacción original como en sus posteriores modificaciones, no establece ninguna diligencia preliminar específica en base a lo que permite, con carácter general, el apartado 7º del mismo artículo 256.1 LEC. Por ello, en principio, en estos procesos no existe especialidad concreta respecto a la posibilidad de solicitar alguna de las diligencias preliminares que señala el art. 256.1 de la LEC en sus apartados 1º a 5º²³⁵. Así, por ejemplo, se podrá solicitar la diligencia preliminar de declaración sobre capacidad, representación o legitimación del futuro demandado (art. 256.1-1º LEC), cuando existan dudas acerca de la

²³⁵ Art. 256. Clases de diligencias preliminares. 1. Todo juicio podrá prepararse: 1º Por petición de que la persona a quien se dirigiría la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación. 2º Mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio. 3º Por petición del que se considere heredero, coheredero o legatario, de exhibición, por quien lo tenga en su poder, del acto de última voluntad del causante de la herencia o legado. 4º Por petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder. 5º Por petición del que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, de que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder.

condición del predisponente a quien hay que demandar que utiliza condiciones generales abusivas o nulas.

En base a la disposición adicional cuarta de la LCGC (añadida por la disposición final sexta de la LEC 2000), entendemos que puede también aplicarse en los procesos de acciones colectivas de la LCGC la diligencia preliminar especial del art. 256.1 apartado 6º, prevista cuando se pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios. De acuerdo con ese apartado, todo juicio podrá prepararse *"por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar los integrantes del grupo de afectados cuando no estando determinados, sean fácilmente determinables. A tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación"*.

Esta diligencia no estaba prevista en el Proyecto de LEC y se incorporó al texto durante su tramitación parlamentaria por la enmienda nº 295 del Grupo Socialista que se justificaba como diligencia *"encaminada a determinar los posibles afectados o perjudicados en las acciones colectivas"*. Al final se incorporó al texto con la redacción expresada, aunque omitiendo toda referencia a las acciones colectivas y circunscrita a la protección de los intereses colectivos de consumidores y usuarios.

El uso de esta diligencia preliminar puede ser aconsejable cuando se ejercite la acción de cesación de la LCGC y se acumule a la misma la accesoria de devolución de cantidades y la de indemnización de daños y perjuicios causados por la utilización de la condición general cuya cesación se pide, tal como faculta el art. 12.2 de la LCGC, ya que permitirá identificar a las personas que han entregado

cantidades al demandado y son por tanto acreedoras de la devolución o, en su caso, a las personas que han sufrido los daños y perjuicios causados por la utilización de la condición general cuya cesación se pide.

Para cumplimentar lo que exige el art. 256.1-6º LEC, el solicitante de la diligencia habrá de acreditar: que el proceso que se pretende iniciar lo es para la defensa de intereses colectivos de consumidores y usuarios o de la LCGC, además de su legitimación para iniciarlo; la circunstancia de que existe o puede existir un grupo de afectados señalando los afectados de los que pueda tener noticia el propio solicitante de la medida o los datos de que disponga, pues la norma habla de “*datos suministrados por el solicitante*”; y, además, se ha de justificar la adecuación o necesidad de acudir a esa diligencia y su relevancia al estar los datos concretos que se pretenden obtener en poder de la persona contra la que se pide la diligencia.

La falta de datos totales sobre el número de afectados puede ser completada con el requerimiento por parte del tribunal al propio “*demandado*” para que colabore en la determinación de afectados, requerimiento que debe pedirlo al tribunal el propio solicitante al formular la petición de la diligencia preliminar. Cuando la norma expresada menciona el “*requerimiento al demandado*” está indicando la persona contra la que se dirige la solicitud de la diligencia preliminar, que será la persona o entidad legitimada pasivamente en el proceso futuro, pero ello no impide que se pueda solicitar por el promotor de la diligencia que ese requerimiento se dirija a alguna otra persona que tenga en su poder los datos objeto de la diligencia, previa la debida justificación de esa circunstancia.

Lo que nos parece más dudoso es que por el hecho de que esos datos estén en poder de tercero, este tercero tenga que ser la contraparte o legitimado pasivamente en la diligencia preliminar y se pueda prescindir en la misma de la persona que ha

de ser demandada en el proceso futuro²³⁶, que en materia de acciones colectivas de condiciones generales viene determinada por lo que ordena el art. 17 LCGC.

Siguiendo lo establecido en el art. 256.1-6º LEC, el tribunal (obviamente si considera procedente la diligencia) adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo de acuerdo con las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado (o al tercero que tenga en su poder los datos) para que colabore en dicha determinación, pero exige una actividad del solicitante de la medida que viene obligado a facilitar al tribunal los datos precisos para conseguir esa determinación o, en su caso, las circunstancias que pongan de relieve que los datos están en poder del tercero al que es necesario requerir para que los aporte, con independencia de la relación que exista entre este tercero y el demandado.

El legislador ha introducido también mecanismos para hacer efectiva la diligencia preliminar del art. 256.1-6º LEC a través de medidas conminatorias, en el supuesto de negativa a dar cumplimiento a lo ordenado, tanto por parte del requerido como de cualquier otra persona que pudiera colaborar en la determinación de los integrantes del grupo de afectados y no lo hiciere voluntariamente. Entre esas medidas señala: la entrada y registro para encontrar documentos o datos precisos; e incluso exigir la responsabilidad penal por desobediencia a lo ordenado por la autoridad judicial (art. 261- 5ª LEC).

Es de observar que si el tribunal acuerda la diligencia preliminar, al concurrir justa causa e interés legítimo como es preceptivo a toda diligencia de este tipo, ha de fijar la caución que debe prestarse (art. 258.1 LEC) y previamente el solicitante debe ofrecerla en el escrito de solicitud de la diligencia (art. 256.3 LEC). De no prestarse la caución en los tres días siguientes al auto que concede la diligencia se procederá

²³⁶ A favor de esa posibilidad, BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, cit., p. 141.

por el Secretario judicial, mediante decreto dictado al efecto, al archivo definitivo de las actuaciones (art. 258.3 LEC)²³⁷. Se perderá la caución si transcurrido un mes desde la terminación de las diligencias, dejare de interponerse la demanda sin justificación suficiente, a juicio del tribunal.

En el tema de la caución no existe una norma, similar a la que prevé el art. 728.3 LEC para medidas cautelares, que faculte al tribunal para dispensar al solicitante de la diligencia preliminar del deber de prestar caución lo que carece de fácil explicación, máxime si tenemos en cuenta que en el caso de las acciones colectivas de la LCGC solo pueden ejercitarlas las personas que señala el art. 16 LCGC que no son parte en el contrato con condiciones generales y únicamente ejercita, en su caso, una acción accesorial tendente a proteger los derechos de los que se vieron perjudicados por el uso de esas condiciones ilegales que son generalmente los consumidores.

1.3. Tribunal competente y tramitación

La competencia para conocer de la diligencia preliminar del art. 256.1-6º LEC, corresponde al tribunal “*ante el que haya de presentarse la demanda determinada*” (art. 257.1 LEC), en congruencia con el carácter imperativo de los fueros en la materia que nos ocupa, y lleva a que la competencia para conocer de esta diligencia preliminar venga fijada funcionalmente (art. 61 LEC). En esta materia no se admite la formulación de declinatoria pero el tribunal al que se solicitan las diligencias revisará de oficio su competencia y si entendiéndose que carece de competencia indicará al solicitante el tribunal competente (art. 257.2 LEC).

²³⁷ Nueva redacción del número 3 del art. 258 LEC por Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en vigor desde el 4-05-2010.

Los demás derechos que se reconocen en estos casos relativos a la oposición a la práctica de la diligencia, recursos y gastos que se ocasionen a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias, no ofrecen ninguna especialidad en los procesos sobre condiciones generales de la contratación. Siendo de destacar: que la oposición a las diligencias por el demandado obliga a la celebración de una vista en la forma establecida para los juicios verbales, previa a la decisión por auto de la oposición formulada, auto que no es recurrible si considera injustificada la oposición y que admite recurso de apelación en caso contrario (art. 260 LEC), este precepto determina que en caso de desestimación se impongan las costas del incidente al oponente, mientras que en el caso de que se estime la oposición no dice nada en materia de costas, aunque la igualdad de trato llevaría a la imposición de costas a la parte vencida.

Finalmente, señalar que contra el auto que acuerde las diligencias no cabe recurso alguno, mientras que contra el que las deniegue cabe recurso de apelación (art. 258 LEC).

2. Especialidades sobre Medidas Cautelares.

A través de las medidas cautelares se pretende evitar el peligro que para una futura ejecución o efectividad de la sentencia representa la propia pendencia de un proceso en curso, con el objetivo de que el tiempo que tarda en sustanciarse un proceso no tenga consecuencias en lo que en él se decida. El Tribunal Constitucional llega a afirmar que la tutela judicial efectiva no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el cumplimiento de la resolución judicial definitiva que recaiga en el proceso (Sentencia de 10 de febrero de 1992, RTC-14).

Los presupuestos generales de las medidas cautelares son la existencia de apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) de la pretensión del que solicita esas

medidas; evitar las consecuencias negativas de la mora procesal (*periculum in mora*); y ofrecer la prestación de fianza o caución para hacer frente a los perjuicios que la medida, en su caso, pueda ocasionar (art. 728 LEC). Como regla general el tribunal, antes de la adopción de las medidas, ha de dar audiencia a la contraparte (art. 733.1 LEC), pero se admite como excepción la posibilidad de acordar la medida sin esa audiencia (*inaudita parte*) siempre que se acredite, por el que solicita la medida, que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar (art. 733.2 LEC)²³⁸.

En materia de medidas cautelares, la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* no establece ninguna previsión especial, salvo la mención que hace el art. 11.3 LCGC que considera objeto de anotación preventiva en el Registro de condiciones generales de la contratación “*las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general*”. Es decir, que la suspensión de la eficacia de una condición puede ser adoptada por el tribunal como medida cautelar en base a ese precepto de la LCGC.

En este tema la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla una especialidad sobre medidas cautelares cuando se ejercita la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y los intereses difusos de los consumidores y usuarios. El último párrafo del art. 728.3 LEC dispone que, en los procesos en que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el tribunal podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados. Este párrafo fue añadido por la Ley 39/2002 de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

²³⁸ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium, Madrid 2001.

La exposición de motivos de Ley 39/2002 justifica esta modificación diciendo que *“finalmente, siendo coherentes con el carácter tuitivo que respecto de los consumidores tiene la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo, el Tribunal podrá, en ciertos casos, eximir de prestar caución a quien haya solicitado y obtenido una medida cautelar en el ejercicio de una acción de cesación”*. El art. 728.3 LEC sería aplicable a la acción de cesación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en base a la equiparación de las asociaciones de consumidores y usuarios y las demás entidades legitimadas que ejerciten las acciones colectivas de la LCGC que hace la disposición adicional cuarta de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, añadida por la LEC 2000.

El art. 728.3 LEC configura la dispensa de caución como una facultad (*“podrá dispensar”*) del tribunal, lo que obliga al solicitante de la medida a pedir esa dispensa exponiendo las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados, como indica el precepto²³⁹. Como alternativa, para el caso de que no se le dispense de prestar fianza, deberá ofrecer la prestación de la misma en la forma que ordena el art. 732.3 LEC, especificando de qué tipo se ofrece constituir la y con justificación del importe que se propone.

Además, la solicitud deberá reunir los demás requisitos que señala el mismo art. 732 LEC junto con los presupuestos que refiere el art. 728 LEC. Entre esos presupuestos está lo que el artículo 728 LEC denomina *“apariencia de buen derecho”* (*fumus boni iuris*), que ha de ser acreditada o puesta de relieve por el

²³⁹ La obligación referida también vendría exigible por aplicación del art. 728.2 LEC al que dio nueva redacción la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, que establece: *“2.- El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito.”*

solicitante. Como afirma Gutiérrez de Cabiedes, en las acciones colectivas el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho podrá apreciarse con mayor facilidad dadas las repercusiones colectivas que la actividad presuntamente ilícita pueda razonablemente producir o estar produciendo en una pluralidad de sujetos y de la que, por tanto, existirá ya, en muchos casos, constancia de la plena realización²⁴⁰.

Entre las medidas cautelares específicas que, con carácter general, enumera el art. 727 LEC que podrían ser de aplicación en este tipo de procesos están la anotación preventiva de la demanda u otras anotaciones en los Registros públicos, entre los que se encuentra el Registro de Condiciones Generales de la Contratación según lo que ordena el art. 11.3 LCGC, y la relativa a la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad como es la de utilizar cláusulas o condiciones generales que en el proceso que se sigue pudieran ser declaradas abusivas o nulas (art. 727, 5ª, 6ª y 7ª LEC), así como la suspensión cautelar de la eficacia de unas condición general que también establece el citado art. 11.3 LCGC.

Estas últimas medidas serán muy útiles cuando se ejercitan las acciones colectivas de cesación y retractación de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* y la de cesación de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, que permitiría el cese provisional en la utilización de las condiciones generales en litigio o la suspensión cautelar de su eficacia. Todo ello partiendo de la base de que, como dijimos, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación no establece medidas cautelares específicas (con la salvedad referida del art. 11.3 LCGC) que permitieran aplicar lo que dispone el apartado 11 del art. 727 LEC, al referirse a otras medidas de protección que prevean expresamente las leyes.

²⁴⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: Colectivos y Difusos*, Aranzadi, Pamplona 1999, p. 513.

En los casos en que a la acción colectiva de cesación se acumule como accesoria la de devolución de cantidades indebidamente cobradas y la de indemnización de daños y perjuicios, puede interesarse como medida cautelar el embargo preventivo de bienes para asegurar la ejecución de la sentencia condenatoria, en su caso, tal como posibilita la 1ª de las medidas que señala el citado art. 727 LEC.

Al igual que en el caso de las diligencias preliminares, fuera de lo señalado, no existen especialidades en los procesos objeto de estudio respecto al procedimiento para adoptar las medidas cautelares, siendo obligado seguir los trámites que establecen los arts. 730 y siguientes LEC. En especial, se ha de tener en consideración la obligación que establece el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 730 que ordena que las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo Tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El Secretario judicial, de oficio, acordará mediante decreto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieren sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas²⁴¹.

3. El Dictamen del Registrador de Condiciones Generales previo a la demanda.

Una característica común a todas las acciones colectivas de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación es la posibilidad de solicitar un dictamen del Registrador de condiciones generales que puede preceder al ejercicio de este tipo

²⁴¹ La Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, dio la redacción actual al apartado 2 del art. 730 LEC.

de acciones (art. 13 LCGC), con efectos no vinculantes. Es una actividad previa, no judicial, potestativa, que está prevista en el art. 13 LCGC. En su virtud, las partes *podrán* de mutuo acuerdo y previamente a la interposición de las acciones colectivas, someter la cuestión ante el Registrador de condiciones generales en el plazo de 15 días hábiles sobre la adecuación a la Ley de las cláusulas controvertidas, que puede proponer una redacción alternativa a las mismas. La norma no precisa la forma de computar dicho plazo, que habrá que entender que empieza a contarse desde la fecha de la solicitud al Registrador.

Tal posibilidad, que requiere acuerdo de ambas partes, carece de precedentes en nuestro Derecho y en el extranjero y puede responder a intereses corporativos de los funcionarios encargados del Registro de condiciones generales de la contratación²⁴². El precepto tiene escasa utilidad y aplicación práctica, pues para establecer que las partes pueden pedir un dictamen a quien quieran y que el dictaminador podrá proponer una redacción alternativa no se precisa de un precepto legal específico²⁴³.

El *único efecto* de la norma es impedir que el Registrador se niegue a dar el dictamen y que se tiene que evacuar en el plazo de 15 días, plazo en que el ejercicio de las acciones tiene que quedar paralizado. Entendemos que ese plazo únicamente vincula a las partes, no al tribunal ante el que se presente la demanda, pues la norma indica que las partes “*podrán*” y que el dictamen no será “*vinculante*”, y si no es vinculante para las partes menos puede serlo para el tribunal, máxime cuando el art. 13 LCGC no hace mención alguna al mismo. Obviamente, una vez obtenido el dictamen, nada impide a las partes formular las demandas que estimen oportunas.

²⁴² ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El Proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado”, en RDBB, 1997, pp. 887 y ss.

²⁴³ En este sentido, ATAZ LÓPEZ, J., “Comentario al art. 13 de la LCGC” en AA VV, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales* [...], cit., coord. por R. Bercovitz, Aranzadi 2000, pp. 487 y ss.

4. Determinación del procedimiento a seguir cuando se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de la contratación.

Otra especialidad procesal común a las acciones relativas a condiciones generales de la contratación, se refiere al procedimiento a seguir. En esta materia hay que estar a lo normado en la LEC 2000, ya que este texto legal derogó lo que disponía al respecto el art. 14 de la LCGC.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la cuestión, establece una regla general y una excepción (introducida con posterioridad). La regla general se contiene en el art. 249 apartado 1 número 5º (en la redacción dada por la Ley 39/2002 de 28 de octubre) y ordena que se decidan en *juicio ordinario*, cualquiera que sea su cuantía, las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, salvo lo dispuesto en el número 12º del apartado 1 del artículo 250. La Ley procesal opta por encuadrar los procesos sobre condiciones generales de la contratación en el ámbito del juicio ordinario por razón de la materia que tratan y sin contemplación a la cuantía de los mismos. El precepto no distingue entre acciones colectivas e individuales, por lo que ambos tipos de acciones están en el ámbito del juicio ordinario.

La excepción se establece en el art. 250.1 LEC, número 12º (añadido por el art. 1 Ley 39/2002 de 28 de octubre), en el que ordena se decidan en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. Como dijimos, esa acción de cesación la estableció la misma Ley 39/2002, añadiendo el art. 10 ter a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en la actualidad, art. 53 TRLGDCU). Se trata de una específica acción de

cesación contra la utilización o la recomendación de utilización de cláusulas abusivas que lesionen intereses colectivos e intereses difusos de los consumidores y usuarios, en los términos que señalamos en el capítulo IV (supra).

4.1. El juicio ordinario como proceso típico

La regla general citada de remitir al juicio ordinario, sigue un criterio similar al del derogado art. 14 LCGC, que remitía al juicio de menor cuantía en todo caso, proceso declarativo más frecuente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, tras la modificación de cuantías llevada a efecto por las leyes de reforma 34/1984 de 6 de agosto y 10/1992 de 30 de abril. El mandato claro de la Ley de Enjuiciamiento Civil evitará plantear cuestiones sobre inadecuación del procedimiento.

El ATS1^a de 18 de enero de 2011 (RAJ-432) deja claro que *“cuando la acción ejercitada consista en la declaración de nulidad de una o varias cláusulas del contrato de permuta de tipos de interés (contrato conocido por las siglas SWAP) por contravenir las normas contenidas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, el procedimiento a seguir será el juicio ordinario - independientemente de la cuantía del pleito- por razón de la materia, a tenor de lo establecido en el art. 249.1.5º LEC”*. No modifica esta regla general el hecho de que a la acción principal se acumulen, como accesorias, las acciones colectivas e individuales que permite la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Estamos ante un procedimiento por razón de la materia, como se ha señalado, en el que la cuantía del mismo es irrelevante a efectos de determinar el proceso a seguir.

Respecto a si la regla exime al actor del deber de determinar o no la cuantía del procedimiento, la respuesta debe ser negativa, ya que el mandato del art. 253 LEC no distingue, e impone la valoración en todo tipo de demandas, que además será siempre conveniente concretar pues tiene trascendencia procesal, no sólo para

determinar el procedimiento a seguir en función de la cuantía, sino para fijar el límite de las costas y determinar si está permitido interponer el recurso extraordinario por infracción procesal sin interponer el de casación (DF 16^a- 1.2^a LEC), entre otras. Teniendo en cuenta, además, la jurisprudencia del TS que indica que “*la cuestión relativa a la cuantificación económica del procedimiento pertenece al orden público y en consecuencia puede ser fijada o establecida por los tribunales de oficio*” (por todos, Auto de 15 de junio de 2010).

4.2. El juicio verbal como especialidad de los procesos de consumo

Como se acaba de señalar, se establece una excepción a la regla general orientada a agilizar el proceso cuando se trata de la defensa de intereses de consumidores (arts. 249.1- 5º y 250.1-12 LEC). En virtud de ella, se decidirán en *juicio verbal*, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que supongan el ejercicio de la *acción de cesación* en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. Con esta norma se transpone al ordenamiento español la Directiva 98/27/CEE, tal como señala el apartado II de la Exposición de Motivos Ley 39/2002²⁴⁴. Se recurre a los trámites del juicio verbal con el fin de “*garantizar la rapidez*” de los procedimientos judiciales en los que se ejercite la acción de cesación, como también indica el mismo apartado de la Exposición de Motivos.

La consecuencia de la introducción de este apartado 12 del art. 250.1 LEC es una división en el ejercicio de la acción colectiva de cesación, pues cuando ésta se ejercita en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios se seguirán los trámites del juicio verbal, mientras que se seguirán los

²⁴⁴ “En sus dos primeros capítulos, la presente Ley regula la acción de cesación, de forma que se constituya en instrumento efectivo para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, con las características jurídicas y el ámbito de aplicación señalados por la Directiva comunitaria 98/27/CE. Para conseguir este objetivo la Ley modifica varios cuerpos legales preexistentes”.

trámites del juicio ordinario cuando se ejercite para la defensa de intereses distintos o los mismos intereses pero referidos a adherentes que no tengan la condición de consumidores o usuarios; y, en general, cuando se ejercite la acción de cesación del art. 12.2 LCGC y no intervengan intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios.

A nuestro entender, esta última será una situación bastante frecuente pues el art. 12.2 LCGC regula una acción de cesación para cuya interposición sólo están legitimadas las entidades del art. 16 LCGC, en la que se persigue la eliminación del mercado de condiciones generales objetivamente nulas, más que defender intereses colectivos y difusos de consumidores, aunque estos pueden también ser defendidos ejercitando la acción accesoria que prevé el mismo art. 12.2 LCGC. Este precepto permite la defensa de esos intereses de consumidores y usuarios a través del ejercicio de la acción accesoria, acumulable, para la devolución de cantidades indebidamente cobradas en base a la cláusula nula y la indemnización de daños y perjuicios causados por aplicación de tales cláusulas.

Ahora bien, por la equiparación que hace la disposición adicional cuarta²⁴⁵ LCGC, se puede concluir que en los casos en que se ejercite la acción de cesación derivada de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios o de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación se dilucidará siempre en el ámbito del juicio verbal si median los indicados intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios.

En este sentido SAP Madrid (14ª) de 8 de septiembre de 2005 (AC-1554) destaca el cauce del juicio verbal diciendo (FD tercero) que *"la acción colectiva de*

²⁴⁵ Añadida por la LEC 2000 (Disposición final sexta nº 5) *"las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a los consumidores y usuarios, deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la presente Ley de Condiciones Generales de la Contratación"*.

cesación de condiciones generales se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz y su cauce es el juicio verbal (art. 12.2 LCGC y art. 250.1.12 LEC)".

Como se puede observar, la sentencia recoge un primer criterio sin matizaciones que no distingue si en la acción de cesación intervienen o no consumidores, fijando en todo caso el "*cauce del juicio verbal*". Más adelante señala incluso que "*en el mismo proceso verbal en que se ejercita la acción de cesación puede discutirse la nulidad de la condición general como presupuesto de la misma, sin que sea precisa la petición expresa de declaración de nulidad por estar implícita, en cuanto presupuesto, en el ejercicio de la acción de cesación*".

Por el contrario, sentencias posteriores matizan el criterio anterior, así la SAP Alicante (8ª) de 13 de septiembre de 2007 (AC-37) establece que la especialidad del juicio verbal introducida en la LEC por la Ley 39/2002 "*se limita a los casos de acciones colectivas de cesación reguladas en la LGDCU, que son las que tienen por objeto obligar al demandado a cesar en la utilización y uso de dichas cláusulas y a prohibir la reiteración futura de dichas conductas*". Es de destacar también lo que señala el AAP Madrid (12ª) de 19 de septiembre de 2007 (AC-114), para los casos en que junto a la acción de cesación se ejercita otra acción diferente (en ese caso se ejercitaba junto a la determinación de contratos de consumo vinculados), pues en esos casos "*no puede entenderse que el tipo procedimental a seguir sea el del juicio verbal, salvo que las restantes acciones ejercitadas junto a la acción de cesación hayan de ser sustanciadas en juicio verbal, tal y como establece el art. 438.3 LEC*". Este auto pone también de relieve los efectos de seguir un proceso inadecuado en base a o normado en los arts. 422 y 423 LEC, pues mientras que "*cuando el juicio seguido haya sido el ordinario y se entienda que es procedente el juicio verbal, se reconducirá el juicio ordinario a juicio verbal, salvo que la acción hubiese*

caducado. Sin embargo nada indica la LEC en sentido contrario, es decir cuando se ha seguido el juicio verbal y resulta adecuado el ordinario, con lo cual no se contempla la posible conversión de juicio verbal de un juicio declarativo ordinario, por lo que la apreciación de una excepción procesal de este tipo determina la conclusión del juicio verbal impidiendo un pronunciamiento sobre el fondo (art. 443 LEC)”.

En resumen, tras la reforma de la LOPJ por la LO 7/2015 de 21 de julio, los procesos sobre acciones colectivas con base en la LCGC se seguirán ante el juzgado mercantil por los trámites del juicio ordinario como principio general, salvo que se sigan para defensa de intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios en cuyo caso se seguirá el juicio verbal. Los procesos sobre acciones colectivas con base en el TRLGDCU se seguirán ante el juzgado mercantil por los trámites del juicio verbal en todo caso.

4.3. Críticas a la regla general del juicio ordinario

La atribución al juicio ordinario de las demandas en materia de condiciones generales de la contratación ha tenido partidarios que o bien defienden directamente la conveniencia del proceso ordinario o bien censuran la opción por el juicio verbal en determinados casos²⁴⁶.

²⁴⁶ Vid “Comentario al art. 14”, BACHMAIER WINTER, L., AAVV *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales* [...], cit., dir. A. Menéndez y L. Díez-Picazo, Civitas, Madrid 2002., pp. 626 a 629, que considera adecuado el juicio ordinario para estos procesos. CABAÑAS GARCÍA, J.C., *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos*, p. 114, Tecnos, Madrid 2005, entiende que la fijación del juicio verbal como procedimiento aplicable para una acción como la de cesación, no puede reputarse una decisión legislativa acertada. Entiende que ha primado el deseo de celeridad del proceso con olvido de la complejidad e importancia del tema litigioso.

Se reconocen las garantías plenas del juicio ordinario y que en muchos casos en este tipo de litigios se da una gran complejidad procesal (por el número de personas que intervienen), y se ventilan cuestiones importantes desde el punto de vista económico (incluso por la suma de múltiples reclamaciones pequeñas) sin embargo se pone de relieve los especiales caracteres de la contratación en masa, su dinamismo, su no aplicación a los elementos esenciales del contrato (o mejor dicho, sobre los elementos esenciales del contrato suele haber acuerdo de las partes al ser lo querido por ambas), así como los mayores costes del proceso ordinario y más trámites que dilatarán en el tiempo la respuesta judicial.

Respecto a las acciones colectivas, la crítica de que el proceso verbal no tiene contestación escrita y que este trámite es necesario en procesos de cierta complejidad e importancia, ha perdido fuerza tras la reforma del art. 438.1 LEC llevada a efecto por la Ley 42/2015 de 5 de octubre que establece la contestación por escrito de la demanda presentada en el plazo de diez días. Lo que está en juego es la obtención de una respuesta eficaz por parte de la jurisdicción civil cuando se trata de litigios sobre condiciones generales de la contratación.

El art. 7.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que los Estados miembros han de aplicar "*medios adecuados y eficaces*" para que cese la utilización de cláusulas abusivas, aunque a nuestro parecer no se refiere tanto al curso de los procesos como al resultado de los mismos, es decir, al momento en que una vez determinado el carácter abusivo de una cláusula han de utilizarse medios adecuados y eficaces para que cese su aplicación.

Sería razonable y conveniente, entendemos, una evolución hacia un proceso más ágil y de menos trámites, con más fácil acceso de las partes a los tribunales, con máxima concentración y oralidad; sin perder de vista la posibilidad de habilitar una protección todavía más ágil en vez de por la vía jurisdiccional por la vía administrativa, tal como también contempla la Directiva 93/13 que permite a los

Estados miembros optar en la protección contra las cláusulas abusivas por la vía jurisdiccional o por la vía administrativa.

En la dirección de seguir procesos más ágiles y de menos trámites, parece que abre camino también el art. 250.1-12 LEC, apartado añadido por la Ley 39/2002 al introducir los casos en que procede seguir el juicio verbal que acabamos de comentar. En la misma línea se enmarca el que se denomina Proceso Europeo de Escasa Cuantía (PEEC) que se espera se introduzca en todos los Estados miembros, con excepción de Dinamarca, a partir del uno de enero de 2009, que se aplicará a los casos de carácter civil y mercantil, incluyendo controversias con consumidores, cuyas reclamaciones no superen los 2.000,00.Euros, excluyendo intereses y costas. Se trata de un proceso orientado a facilitar el acceso a la justicia, predominantemente escrito pero con formularios previos, con menor formalismo y sin obligación de ser representadas las partes por abogados y procuradores; más breve, con reducción de costas y posibilidad de ejecución directa de las sentencias en cualquier Estado sin necesidad de exequátur.

La Ley 4/2011 de 24 de Marzo (BOE 25-3-2011) modifica la LEC 2000, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía. El proceso europeo monitorio, fue aprobado por el Reglamento CE nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 que establece un proceso monitorio europeo²⁴⁷. El proceso europeo de escasa cuantía (PEEC), fue aprobado por el Reglamento CE nº 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 y permite cualquier tipo de demanda cuando su valor, excluidos los intereses, gastos y costas, no rebase los 2.000,00.€

Se ha de ponderar asimismo que muchos de los procesos sobre condiciones generales de la contratación se refieren al ejercicio de las acciones individuales de la

²⁴⁷ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Monitorio y cláusulas abusivas”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, vol. 2, nº 3, junio 2013, pp. 43-46.

Ley de Condiciones Generales de la Contratación, donde muchas veces se discute más la incorporación o no al contrato de una determinada cláusula (con la consecuencia de la exigibilidad o no de la misma) que de una nulidad objetiva de la propia cláusula, y que para decidir la cuestión la base probatoria suele ser el documento que contiene las condiciones generales de la contratación, con lo cual en esos casos no existirá una complejidad excesiva en la aportación de medios probatorios en cuanto al fondo del asunto. Todo lo expresado, parece reclamar un juicio específico, más ágil y sumario cuando se ejercitan acciones individuales y sobre todo con menos requisitos para el acceso directo al tribunal por las partes.

4.4. Críticas a la vía jurisdiccional como exclusiva

El recurso a la vía jurisdiccional como único camino para el control de las condiciones generales, por el que ha optado nuestra legislación especial, ha sido cuestionado en el campo doctrinal. Entre los autores, Pagador López²⁴⁸ destaca que: “en principio la opción por un modelo de control judicial conlleva que ése se produzca *a posteriori*, esto es, cuando el clausulado de condiciones generales ya ha comenzado a emplearse para concluir contratos concretos, mientras que un modelo de *control administrativo* podría actuar *a priori o a posteriori*”. A su vez, Polo²⁴⁹ matiza que “el control *a posteriori* puede establecerse mediante dos sistemas distintos: el tradicional e insustituible control judicial, y mediante el mecanismo de confiar el control a un organismo extrajudicial con amplios poderes de intervención, fiscalización y conciliación que, sin perjuicio del control efectuado por los tribunales, logre, en la medida de lo posible, evitar su intervención”.

²⁴⁸ PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva Comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, cit., p. 121.

²⁴⁹ POLO SÁNCHEZ, E., *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Civitas, Madrid 1990, p. 67.

A nuestro juicio, la opción exclusiva de la vía jurisdiccional debería ser moderada en el futuro, y complementada en gran parte por un control en vía administrativa, máxime en un sistema como el nuestro en que los tribunales están especialmente saturados de trabajo y el dar una respuesta rápida a las peticiones planteadas por el consumidor o sus asociaciones se hace difícil; rapidez que es de gran importancia en este terreno de la actividad comercial en que la contratación se realiza con especial celeridad, al igual que la utilización de los bienes y servicios.

De seguirse esos criterios, y optar por un control mixto en vía administrativa y judicial, el modelo de control en vía administrativa para el ejercicio de las acciones colectivas pueden ser varios: los que van desde los Tribunales Económico-Administrativos hasta los que siempre han existido en materia de Transporte (Juntas de Detasas, Juntas Arbitrales) y Defensa de la Competencia, ya que en nuestro derecho han proliferado los llamados “*tribunales administrativos*”.

Al sistema elegido (tribunal administrativo) se le pueden traspasar las funciones del Registro de Condiciones Generales (muy criticado por la doctrina²⁵⁰ en su configuración actual de instituto inspirado en el Registro de la Propiedad), y la función sancionadora en vía administrativa que prevé el art. 24 LCGC.

4.5. Control procesal de la adecuación del procedimiento

En cuanto al tratamiento procesal, corresponde al tribunal el control de oficio del procedimiento adecuado a seguir, en concreto se atribuye al Secretario Judicial la función de determinar la tramitación que corresponda a la vista de lo indicado por

²⁵⁰ CLAVERÍA GOSALBEZ, L.H., “Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación), ADC Julio-Septiembre 1998, pp. 1312-1313.

el actor en la demanda y al valor o la materia de la misma (art. 254.1 LEC)²⁵¹, como ocurre en todo proceso.

Con ello se cumple la normativa de dar al asunto la tramitación que corresponda, sin que vincule al tribunal el tipo de juicio solicitado en la demanda (art. 254.1, párrafo segundo, LEC), pero cabe también en la contestación a la demanda alegar la inadecuación del procedimiento si no se siguen los trámites del juicio que corresponda en base a los preceptos que se han señalado (arts. 249.1.5º y 250.1.12º LEC), incidente de inadecuación que se tramitará y resolverá en la misma forma que para cualquier otro proceso (arts. 416, 423, 443.2 LEC) pues no existen especialidades procesales por el hecho de ejercitarse acciones derivadas de contratos con condiciones generales.

No obstante lo anterior, si el juicio se hubiera celebrado y el tribunal en el momento de dictar sentencia apreciara que el juicio se había seguido por los trámites de un proceso inadecuado²⁵², lo procedente sería declarar la nulidad de las actuaciones retrotrayendo el proceso al momento en que se hubieran infringido las normas procesales de obligada observancia y facilitando a las partes subsanar los trámites omitidos, salvo el caso de que la demanda apareciese interpuesta fuera del plazo de caducidad que, por razón de la materia, establezca la ley, lo que obligaría a

²⁵¹ Redacción actual del precepto por Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, que entró en vigor en fecha 4-05-2010.

²⁵² Se ha de tener en consideración en este punto el criterio del TS que tiene como doctrina reiterada que cuando el recurso se fundamenta en la inadecuación del procedimiento es presupuesto necesario acreditar que ello ha producido indefensión al recurrente y justificar y acreditar la concreta indefensión, sin que sea suficiente la mera mención de ésta, todo en base a la relatividad creciente que se observa en torno al valor de esta excepción si el procedimiento elegido cumple su finalidad con la cuestión debatida, y en base a la flexibilidad de criterio que ha de utilizarse en esta materia que debe favorecer interpretaciones que se inclinen en pro de la economía procesal, ante las inevitables dudas que muchas veces suscita entre los profesionales la elección de un determinado procedimiento. Todo ello siempre que el procedimiento cuestionado contenga las garantías procesales necesarias para el desenvolvimiento de la pretensión sin que haya lugar a indefensión. STS1ª de 28 de junio de 2011 (RAJ-4896).

sobreseer el proceso, todo ello de conformidad con lo que ordena el art. 423.3 LEC. También dispondrá el Tribunal el sobreseimiento si, al iniciarse la vista, no apareciesen cumplidos los requisitos especiales que las leyes exijan, por razón de la materia, para la admisión de la demanda, como establece el párrafo segundo del art. 423.3 LEC.

5. Acumulación de acciones y procesos.

5.1. Consideraciones previas

Cuando se habla de acumulación se hace referencia a la pluralidad de objetos procesales. Dentro de la acumulación debe distinguirse entre la acumulación de acciones y acumulación de procesos, que son diferentes entre sí, pues la primera se refiere al ejercicio simultáneo y originario, en un único proceso, de varias acciones o pretensiones, mientras que en la segunda se refiere a procesos que se iniciaron en diferentes momentos en el tiempo y que dada la existencia de conexión entre sus objetos resulta conveniente su unión o acumulación en un único proceso para así propiciar su enjuiciamiento conjunto²⁵³.

Normalmente un proceso incluirá una única pretensión, pero la economía procesal y la conveniencia de evitar sentencias contradictorias, aconsejan, en determinados casos, la reunión de más de un proceso en un único procedimiento. Con todo, la economía procesal no es la única condición que lleva a la acumulación pues sólo podrá llevarse a cabo útilmente cuando exista tal conexión entre los objetos de los procesos a acumular que, de seguirse por separado, pudieran dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes (art. 76 -2º LEC). De no existir esa conexión entre los

²⁵³ En este sentido, ARMENTA DEU, T., *Acumulación de Autos. Reunión de Procesos Conexos.*, Editorial Montecorvo, Madrid 1997, p. 35.

objetos carece de sentido la acumulación y más bien se contribuiría a complicar y entorpecer la marcha del proceso.

El elemento común o conexión entre las diferentes pretensiones se puede referir bien a los sujetos, bien al *petitum* o bien a la *causa petendi*. No se precisa que concurra la identidad o similitud en los tres elementos, para que exista la conexión y pueda procederse a la acumulación, basta que alguno de los tres elementos sea igual o similar en las dos o más pretensiones. Algún autor, al referirse a la acumulación objetiva más simple, esto es, cuando se ejercitan diversas acciones no incompatibles en una misma demanda para que sean objeto de una resolución común (art. 71.1 y 2 LEC), entiende que este precepto admite la acumulación con mucha amplitud sin exigir mayor conexión que la identidad subjetiva, es decir, que el mismo actor ejercite las diversas acciones frente al mismo demandado²⁵⁴.

A la acumulación de acciones y procesos dedica la LEC el título III del Libro I, que trata de las disposiciones generales relativas a los juicios civiles. Las normas de la LEC, junto con las modificaciones que la misma introdujo en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ha dado mayor claridad al tema de la acumulación de acciones y procesos que hasta entonces estaba regulado en la ley especial con carácter muy restrictivo, según se indica seguidamente.

5.2. Régimen general sobre la acumulación de acciones

Mediante la acumulación de acciones se permite tramitar en un mismo proceso y resolver en una misma sentencia aquellas demandas en que el actor (uno o varios) incluya distintas acciones que tenga contra el demandado (uno o varios), aunque provengan de diferentes títulos, siempre que aquéllas no sean incompatibles

²⁵⁴ ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons 2009, p. 110.

entre sí (art. 71.2 LEC). En función del número de partes, la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla dos tipos de acumulación inicial de acciones, la objetiva y la subjetiva²⁵⁵. La distinción sin embargo no es tajante pues los elementos de conexión pueden concurrir a la vez y entonces se habla de acumulación subjetivo-objetiva, o cuando lo subjetiva permita la objetiva o viceversa.

La acumulación objetiva permite al actor acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque provengan de diferentes títulos, siempre que las acciones no sean incompatibles entre sí, en los términos que señalan los apartados 2 y 3 del art. 71 LEC. Incluso, el apartado 4 de este artículo, permite acumular eventualmente acciones incompatibles con la obligación de expresar la acción principal y la otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no se estime fundada. Con carácter general, puede decirse que en la acumulación objetiva se produce unidad de partes y pluralidad de objetos procesales.

Por su parte, la acumulación subjetiva, permite ejercitar simultáneamente “*las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno*”, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir; se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos (art. 72 LEC). Estamos ante casos de litisconsorcio facultativo o voluntario o, como ya señalaba la STS1ª de 25 de febrero de 1998 (RAJ-962), de “*acumulación subjetiva de acciones*”: “*siendo el litisconsorcio la situación en que hay una pluralidad de personas, como demandantes o como demandados, supone una acumulación subjetiva de acciones y se le aplicarán los requisitos exigidos en el art. 156 de la LEC*“, se refiere a la LEC de 1881, hoy art. 72 LEC 2000.

²⁵⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil* [...], cit., con De la Oliva Santos A., p. 167; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La acumulación de acciones en el proceso civil*, Editorial Bosch, Barcelona 2009, p. 123.

Algunos autores mencionan otra clase de acumulación, la denominada *necesaria o imperativa*, que se dará en aquellos casos que menciona el art. 73.2 LEC²⁵⁶ al decir que “*también se acumularán en una misma demanda distintas acciones cuando así lo dispongan las leyes, para casos determinados*”²⁵⁷. El art. 76.2-2º LEC impone la acumulación en el caso de impugnación de acuerdos sociales de sociedades, aunque en este caso se refiere más bien la LEC a una acumulación de procesos²⁵⁸. La norma es el reverso de otro precepto legal, el art. 73.1-3º LEC, que obliga a rechazar la acumulación en el caso de que se ejerciten determinadas acciones que, por razón de la materia o por razón del tipo de juicio que se haya de seguir, la ley prohíba expresamente la acumulación, como sería el caso del art. 117 del TRLGDCU²⁵⁹.

Según el momento en que se produce la acumulación, se habla de acumulación inicial (cuando se lleva a cabo desde el comienzo del proceso en la demanda), y de acumulación sobrevenida (cuando se produce en momento posterior). En el juicio ordinario la acumulación podrá plantearse con la demanda inicial o en momento posterior a la demanda. En este segundo caso, el art. 401.1 LEC indica el momento límite en que se admite, al decir que después de contestada la demanda no se permitirá la acumulación. Antes de la contestación podrá ampliarse la demanda para acumular nuevas acciones a las ya ejercitadas o para dirigirlas contra nuevos demandados, en cuyo caso el plazo para contestar la demanda se vuelve a contar desde el traslado de la ampliación de la demanda (art.

²⁵⁶ La actual redacción del art. 73.2 LEC es la de la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

²⁵⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La acumulación de acciones en el proceso civil*, cit., p. 36 y pp. 53-54; ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal*, cit., p. 111.

²⁵⁸ La citada Ley 13/2009 dio la actual redacción al art. 76.2-2º, relativo a los casos en que procede la acumulación de procesos, que antes era el art. 73.2 relativo a acumulación de acciones.

²⁵⁹ Artículo 117. Incompatibilidad de acciones. “*El ejercicio de las acciones que contempla este título será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa.*”

401.2 LEC). Contestada la demanda el objeto del proceso no podrá ser alterado por las partes (art. 412.1 LEC).

La reconvención o demanda reconvencional supone la introducción o ejercicio por el demandado de nuevas acciones en el momento de contestar la demanda para que se sustancien conjuntamente con la que ejercita el actor en la demanda y se resuelvan en una única sentencia, con lo que surge esta modalidad de acumulación que en su regulación legal tiene tres caracteres: a) requiere que se trate de acciones conexas con las que se ejercitan en la demanda; b) que la reconvención sea expresa, nunca tácita; y c) se permite que la acción reconvencional pueda dirigirse también contra sujetos no demandantes, siempre que puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido (arts. 406 y 407 LEC)²⁶⁰.

En los juicios verbales el principio general es la no admisión de la acumulación objetiva de acciones y se limita la acumulación a los casos excepcionales y determinados que concreta el art. 438.3 LEC, entre los que están, aparte de lo relativo a los juicios en materia de arrendamientos donde se permite acumular a la acción de desahucio la de reclamación de rentas pendientes de pago, los casos de acciones basadas en unos mismos hechos siempre que en todo caso proceda el juicio verbal, y los casos de acumulación de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios a otra acción que sea prejudicial de ella y, más recientemente, la acción de división de la cosa común en procesos de separación, divorcio o nulidad matrimonial o para obtener la eficacia civil de resoluciones eclesiásticas²⁶¹. La exigencia de que las acciones se basen en unos “*mismos hechos*” ha llevado a algún autor a considerar que en el juicio verbal sólo se admitirá la acumulación objetiva

²⁶⁰ En este sentido, ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal*, cit., pp. 114-116.

²⁶¹ Excepción 4.^a del número 3 del artículo 438 introducida por el apartado doce de la disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*.

cuando las acciones que se acumulen provengan del mismo título²⁶². Tal criterio se ajustaría a la norma que establece restricciones para la acumulación de acciones en el juicio verbal, si bien la jurisprudencia defiende un criterio flexible en materia de acumulación según se indica a continuación. Por otra parte, el art. 438.4 LEC no establece norma especial sobre esta acumulación.

En cuanto a la acumulación subjetiva, el régimen procesal general permite acumular las acciones que uno tenga contra varios o varios contra uno con los requisitos de los arts. 72 y 73.1 de la LEC, regulación común para el juicio ordinario y para el juicio verbal por remisión del art. 438.4 LEC. Nada dicen estas normas del momento de formular la acumulación de acciones, aunque dado el criterio de máxima concentración que rige en el juicio verbal entendemos que la acumulación ha de hacerse en la demanda.

La Jurisprudencia ha mantenido un criterio flexible a la hora de admitir la acumulación, pues como indica la STS1ª de 9 de marzo de 2006 (RAJ-1072), con referencia a la LEC de 1881, *"es reiterada y uniforme doctrina de esta Sala la del criterio flexible que ha de presidir el tratamiento y aplicación de la acumulación subjetiva de acciones que regula el art. 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiendo que procede la misma, a pesar de que el supuesto no se halle comprendido en la literalidad de la norma, si tampoco le alcanzan las prohibiciones de los arts. 154 y 157 del mismo Cuerpo legal, y existe entre las acciones cierta conexidad jurídica que justifique el tratamiento unitario y la resolución conjunta"*²⁶³. En igual sentido se pronuncia la STS1ª de 21 de diciembre de 2004 (RAJ-8142) cuando expresa los requisitos o notas que caracterizan la acumulación diciendo que: *"señala la sentencia de 3 de octubre de 2002 (RAJ 2002\9791) como*

²⁶² GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La acumulación de acciones en el proceso civil*, cit., pp. 42-43.

²⁶³ Con cita de las SSTS1ª de 12 de junio de 1985 (RAJ-3109), 4 de junio de 1990 (RAJ-4725), 14 de octubre de 1993 (RAJ-7519), 8 de noviembre de 1995 (RAJ-8081), 7 de febrero de 1997 (RAJ-684) y 9 de julio de 1999 (RAJ-5967).

la jurisprudencia de esta Sala sobre acumulación de acciones se caracteriza por las notas siguientes: 1ª.- Flexibilidad, en el sentido de ser admisible la acumulación aunque el supuesto no se halle literalmente comprendido en la dirección del art. 156 si tampoco le alcanzan las prohibiciones de los arts. 154 y 157²⁶⁴; 2ª.- Distinción entre título, como negocio jurídico, y causa de pedir, concepto más amplio, como hecho o conjunto de hechos que tienen idoneidad para producir efectos jurídicos, como acaecimientos de cuya existencia o inexistencia pretende el actor deducir las consecuencias jurídicas determinantes de su petición o, si se quiere, como relato histórico en que se funda la demanda²⁶⁵; 3ª.- Relevancia primordial de la conexión jurídica o conexión causal entre las acciones ejercitadas como criterio para medir la identidad de su causa de pedir, la pertinencia de su acumulación y la justificación de tratamiento procesal unitario y decisión por una sola sentencia²⁶⁶.

Finalmente señalar que la acumulación objetiva de acciones es admisible en el juicio monitorio. La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales así lo ha admitido (pese al silencio de la LEC al respecto). Mayor discrepancia existe respecto a la acumulación subjetiva, es decir, que un mismo acreedor pueda acumular en una misma solicitud una pluralidad de acciones fundadas en el impago de derechos de crédito que ostente frente a distintos deudores²⁶⁷. Algunas sentencias

²⁶⁴ Cita SSTs 1ª de 5 de marzo de 1956 (RAJ-1142), 12 de junio de 1985 (RAJ-3109), 24 de julio de 1996 (RAJ-6053), 7 de febrero de 1997 (RAJ-684) y 3 de octubre de 2000 (RAJ-8133).

²⁶⁵ Cita SSTs 1ª de 24 de julio de 1996 (RAJ-1996\6053) y 3 de octubre de 2000 (RAJ-2000\8133).

²⁶⁶ Cita SSTs 1ª de 14 de octubre de 1993 (RAJ-1993\7519), 18 de julio de 1995 (RAJ-1995\5712), 19 de octubre de 1996 (RAJ-1996\7508) y 10 de julio de 2001 (RAJ-2001\5002).

²⁶⁷ Tras la reforma de la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, vd. JOSÉ DOMINGO MONFORTE Y CARLES GIL GIMENO, “La reforma del proceso monitorio. Luces y sombras”, Revista Aranzadi Doctrinal nº 11, marzo 2011 pp. 119-131, que indican que la naturaleza jurídica del proceso monitorio como declarativo implica necesariamente que es de aplicación al mismo lo dispuesto en el art. 72 LEC, y en consecuencia es plenamente

rechazan esa posibilidad, junto a algún sector doctrinal²⁶⁸, mientras que en la actualidad se viene admitiendo por esa jurisprudencia mayoritariamente.

5.3. Régimen general sobre la acumulación de procesos

La Ley de Enjuiciamiento Civil regula la llamada acumulación de procesos (lo que la anterior Ley procesal denominaba acumulación de autos) en sus artículos 74 a 98, ambos inclusive. A través de ella, en los casos que concurren las circunstancias que indica el art. 76.1 LEC, puede acordarse la reunión de dos o más procesos ya iniciados por demandas diferentes, con el efecto final de resolverse en una sola sentencia, previa tramitación conjunta de todos ellos en un solo proceso a partir del momento en que se acuerda la acumulación²⁶⁹.

Con carácter general, son dos las causas principales de esta acumulación: a) que la resolución de uno de los procesos produzca efectos prejudiciales en el otro, y b) que entre los procesos cuya acumulación se pida exista una conexión tal, que de seguirse los autos por separado pudieran obtenerse pronunciamientos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes sobre aquellas identidades en los objetos de ambos procesos que coincidan (art. 76.1 LEC)²⁷⁰.

admisibles la acumulación subjetiva de acciones y reclamar en un mismo proceso a varios demandados si se dan los presupuestos legales para la acumulación.

²⁶⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La acumulación de acciones en el proceso civil*, cit., p. 51, donde se resumen las sentencias dictadas al efecto.

²⁶⁹ Un amplio estudio sobre la cuestión, en ARMENTA DEU, T., *Acumulación de Autos. Reunión de Procesos Conexos*, cit.

²⁷⁰ La SAP Granada (3ª) de 26 de octubre de 2002 (AC-1837) con referencia a la LEC de 1881, recoge de forma sucinta estos caracteres de la acumulación de procesos y menciona los fundamentos de la acumulación, indicando que: “La escueta nota, lleva en primer término a tratar de la conexión, y la misma como fundamento de la acumulación de autos, evoca unas posibilidades que han de ser tenidas en cuenta: A) La de evitar sentencias contrarias, resoluciones contradictorias en muchas ocasiones; B) La realidad jurídica que refiere, la búsqueda de la economía procesal unida a los imperativos de una buena

Como señala Díez-Picazo Giménez²⁷¹, el fundamento de la acumulación de procesos está, de un lado, en la economía procesal, y de otro lado, y sobre todo, en la necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios sobre acciones conexas (evitar la división de la contienda de la causa, como decía la anterior Ley procesal). Mientras en la acumulación de acciones, economía procesal y evitar pronunciamientos contradictorios se equiparan como fundamento de la institución. En la acumulación de procesos, el fundamento primordial es evitar pronunciamientos contradictorios y, sólo secundariamente, obtener economía procesal.

Como seguidamente veremos, estas finalidades están presentes en algunas resoluciones judiciales en materia de condiciones generales de gran trascendencia, en las que se discute qué consecuencias deben deducirse de la interdependencia entre procesos diferentes y su enlace con el derecho a la tutela judicial efectiva.

5.4. Tratamiento procesal

La LEC 1881 no contenía ningún precepto que regulase un tratamiento procesal específico de la acumulación de acciones, con lo que, ante la ausencia de regulación (con las dudas que ello conlleva) había que admitir tanto el control de oficio como el control a instancia de parte, incluso la posibilidad de subsanar los defectos sobre la base de la doctrina del Tribunal Constitucional que considera que el art. 24 CE habilita a los tribunales para abrir un trámite de subsanación incluso no existiendo previsión legal expresa²⁷². La LEC 2000 ha resuelto las dudas indicadas y regula expresamente el control de los requisitos de la acumulación, permitiendo

Administración de Justicia; y C) Lo conveniente que sea un único órgano jurisdiccional el que tenga conocimiento de dos Juicios entre los que se muestran elementos de conexión”.

²⁷¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 172.

²⁷² En este sentido DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “La acumulación de acciones en el proceso”, *Tribunales de Justicia* 2/1997, pp. 154-156.

tanto el control de oficio (art. 76) como a instancia de parte (arts. 402 y 405) y admitiendo la posibilidad de subsanación (art. 73.3)²⁷³, como indicaba ya la Exposición de Motivos (apartado VIII in fine) al decir que *“la regulación de la acumulación de acciones se innova, con carácter general, mediante diversos perfeccionamientos y, en especial, con el de un tratamiento procesal preciso, hasta ahora inexistente”*.

La acumulación de procesos también es objeto de regulación en la LEC 2000. La Exposición de Motivos de la LEC indica, respecto a la acumulación de procesos, que *“se aclaran los presupuestos que la hacen procedente, así como los requisitos y los óbices procesales de este instituto, simplificando el procedimiento en cuanto resulta posible”*. Termina diciendo: *“Además, la Ley incluye normas para evitar un uso desviado de la acumulación de procesos: no se admitirá la acumulación cuando el proceso o procesos ulteriores puedan evitarse mediante la excepción de litispendencia o si lo que se plantea en ellos pudo solicitarse mediante acumulación inicial de acciones, ampliación de la demanda o a través de la reconvención”* (apartado VIII último párrafo). Estas referencias de la exposición de motivos se plasmaron en el art. 78 LEC.

No se impone a las partes la acumulación de procesos, ni como regla general puede el tribunal de oficio acordarla²⁷⁴, pues el art. 75 LEC sólo considera legitimadas para solicitarla a quienes tengan la condición de parte en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretenda, salvo los casos excepcionales en que puede ser acordada de oficio que señala el art. 76 LEC. Así lo recuerda, con relación

²⁷³ Art. 73.3 según la redacción actual de la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, confiere al Secretario judicial la facultad para requerir al actor para que subsane el defecto de la acumulación apreciado en el plazo de cinco días.

²⁷⁴ Salvo el caso excepcional en materia de procesos de consumidores y usuarios que menciona el art. 76.2-1º LEC que más adelante se comenta, cuya redacción actual procede de la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

a la LEC 2000, el AAP Cádiz (1ª) de 12 de noviembre de 2003 (AC- 2004/75), al indicar que: *"en cuanto a la posible acumulación de autos, ha de tenerse en cuenta que el artículo 75 de la vigente LECiv exige que la misma se solicite por cualquiera de las partes en los procesos que quieren acumularse, no existiendo norma alguna que imponga a una de las partes solicitar, aun siendo posible, la acumulación de autos."*

La misma resolución judicial se refiere a la acumulación de autos o procesos y a la prejudicialidad civil²⁷⁵, como dos alternativas procesales a elección de las partes y como estrategia defensiva sin que se pueda imputar mala fe, al decir: *"La parte demandada, si considera que existe una prejudicialidad civil, es libre de plantear esta excepción o, en su caso, promover una acumulación de autos, optando por una otra vía según cuál sea su estrategia defensiva lo que no impide que la actora, a fin de evitar la posible suspensión a la vista de la excepción planteada, pudo y debió, si lo estimaba conveniente a sus intereses, haber solicitado ella la acumulación de autos, cosa que no verificó. No puede hablarse de una mala fe procesal de los demandados que, ante una doble vía de defensa, opta por plantear una excepción en lugar de la posible acumulación"*.

La Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, dio nueva redacción al art. 76 LEC que admite en determinados casos la acumulación de procesos de oficio, para ello se ha

²⁷⁵ Las SSAP Cáceres (1ª) de 14 de diciembre de 2012 (AC2013-83) y 13 de febrero de 2013 (AC-700) señalan la diferencia que existe entre la litispendencia propiamente dicha y la llamada *"litispendencia impropia"* que concurre (como sostiene la STS1ª de 25 de febrero de 2011, RAJ-2483) cuando *"un pleito interfiere o prejuzga el resultado de otro, con la posibilidad de dos fallos contradictorios"*, con lo que estamos en realidad ante una cuestión de prejudicialidad civil del art. 43 LEC, que permite suspender el proceso en que se articula, en tanto no se resuelva el proceso anterior si no es posible la oportuna acumulación de autos. En este sentido, la STS1ª de 28 de julio de 2010 (RAJ-6944) afirma que *"regulada hoy la prejudicialidad en el art. 43 LEC y la litispendencia en el art. 421 LEC está claro: 1) que no puede mantenerse la estimación de oficio de la prejudicialidad; y 2) que no son las mismas las consecuencias de la estimación de la prejudicialidad que las de estimar la litispendencia"*.

de proceder de acuerdo con la nueva redacción que da la Ley 13/2009 al art. 80 apartado 2 LEC, que impone al tribunal oír a las partes cuando se sigan los trámites del juicio verbal, al decir: *“cuando la acumulación fuera promovida de oficio, el Tribunal, si no lo hubiera realizado antes conforme a lo previsto en la siguiente Sección, oirá a las partes y resolverá conforme a lo dispuesto en el párrafo que antecede”*.

A continuación exponemos de forma más detallada las especialidades en la materia en los procesos sobre condiciones generales de la contratación.

6. Acumulación de acciones: especialidades en materia de condiciones generales.

6.1. Introducción

En materia de acumulación de acciones, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación partía de la distinción de las acciones en individuales y colectivas, permitiendo la acumulación de las acciones colectivas y estableciendo el ejercicio separado de las acciones colectivas y las individuales (art. 14.2 en relación con el art. 17.4 LCGC)²⁷⁶.

La opción por la posibilidad del ejercicio conjunto de las acciones colectivas (art. 17.4 y 14.2 LCGC) está en la línea establecida por el art. 7.3 de la Directiva

²⁷⁶ El hoy derogado art. 14 número 2 tenía esta redacción: Los juicios en que se sustancien la acción de nulidad o de declaración de no incorporación, y las acciones declarativa, de cesación o retractación se tramitarán separadamente, sin perjuicio de la acumulación de estas últimas entre sí.

El art. 17 número 4 dice: Las acciones mencionadas en los apartados anteriores (*las tres colectivas*) podrán dirigirse conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas que se consideren nulas.

93/13/CEE²⁷⁷, incluso el art. 12.2 LCGC, tras la nueva redacción que le dio la LEC 2000, permite acumular a la acción de cesación, como accesoria, la de devolución de cantidades indebidamente cobradas y la de indemnización de daños y perjuicios causados por la utilización de condiciones generales declaradas nulas.

La prohibición de tramitar conjuntamente las acciones colectivas e individuales del derogado art. 14.2 LCGC, se fundamentaba en la voluntad de potenciar la eficacia del proceso de acciones colectivas, aún a riesgo de que se produjeran resoluciones contradictorias en los procesos no acumulados, ya que se quería evitar que la acumulación incidiera negativamente en la agilidad del proceso, por incrementarse el riesgo de que pudieran surgir macro-procesos. Al derogar la Ley de Enjuiciamiento Civil el art. 14 LCGC, ha desaparecido la prohibición de tramitar en un mismo proceso las acciones colectivas e individuales²⁷⁸, con lo que esa posibilidad se sujetará a las normas generales de la Ley procesal sobre acumulación de acciones.

La regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil trata de reducir el riesgo de fallos contradictorios al permitir la tramitación conjunta de las acciones colectivas e individuales y, a través del nuevo régimen, de fomentar o facilitar la intervención que establece el art. 15 LEC. La acumulación se ve potenciada por lo que dispone la Ley procesal que permite la acumulación de procesos incluso de oficio, cuando se

²⁷⁷ Art. 7 apartado 3: Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares.

²⁷⁸ A favor de la acumulación de acciones individuales con acciones colectivas en materia de condiciones generales de la contratación, se muestra BACHAMAIER WINTER, L., *Comentarios a la ley sobre condiciones* [...] “ cit., dir. A. Menéndez y L. Díez-Picazo, p. 644.

incoen para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios (art. 76.2-1º LEC)²⁷⁹.

No obstante, los fines de las acciones colectivas e individuales son claramente distintos; mientras las individuales hacen referencia a un contrato determinado que vincula a las partes del proceso, las colectivas se dirigen por una persona o entidad que no es parte de un contrato contra un empresario o profesional que utiliza o recomienda utilizar, en un número indeterminado de contratos, cláusulas similares que tienen los caracteres que señala el art. 1º de la LCGC para ser condiciones generales de la contratación. De ahí que el ejercicio de la acción individual requiere siempre que se demande al predisponente obligado a cumplir lo pactado en el contrato frente al demandante, sin que pueda demandarse a quien no haya firmado el contrato ni cuestionar contratos distintos al que las partes hayan pactado, mientras que en el proceso en que se ejercitan acciones colectivas por las personas o entidades habilitadas por la Ley se cuestiona en abstracto la posible nulidad de las condiciones generales en una pluralidad de contratos pactados por el predisponente, tal como puso de relieve la STJUE de 9 de septiembre de 2004 (TJCE 2004, 227) que dio lugar a que la Ley 44/2006 de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, modificase los artículos 3 y 6.2 LCGC para adaptarlos a lo dispuesto en dicha sentencia. Por lo expresado, no parece que tenga mucho sentido la acumulación de acciones tan dispares en sus fines, pues llevará más a confrontaciones o confusiones que a contribuir a los objetivos de la

²⁷⁹ Este precepto por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, viene a sustituir lo que disponía el art. 78.4, y tiene la siguiente redacción: *Art.76. 2. Asimismo, procederá la acumulación en los siguientes casos: 1º Cuando se trate de procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios, susceptibles de acumulación conforme a lo dispuesto en el apartado 1.1º de este artículo y en el artículo 77, cuando la diversidad de procesos no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en el artículo 15 de esta ley.*

acumulación antes referidos de economía procesal y evitar sentencias contradictorias. Admitida legalmente la posibilidad de acumular las acciones colectivas e individuales, se aplicarán las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 71 a 73), en cuanto al cumplimiento de sus presupuestos:

a) Que las acciones acumuladas sean compatibles entre sí (art. 71.2 y 3) o en caso de no serlo será preciso que se acumulen eventualmente (art. 71.4).

b) Que el tribunal tenga jurisdicción y competencia objetiva (tanto por razón de la materia como por razón de la cuantía) para conocer de las acciones acumuladas (art. 73.1,1º).

c) Que las diversas acciones no hayan de ejercitarse, por razón de la materia, en procesos de diferente naturaleza o tipo (art. 73.1,2º).

d) Que exista entre las diversas acciones un nexo por razón del título o causa de pedir²⁸⁰ (art. 72) cuando se trata de acumular acciones de uno contra varios o de varios contra uno.

e) Que el demandado sea la persona que haya firmado el contrato con el que ejercita la acción individual acumulada.

f) Que la ley no prohíba la acumulación (art. 73.1-3º).

²⁸⁰ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil* [...], con Díez-Picazo Giménez, pp. 49-50, después de señalar que se denomina “*causa de pedir*” al fundamento de la acción afirmada y, por tanto, de la pretensión; sostiene que en el fundamento de toda pretensión hay dos elementos unidos: un elemento meramente fáctico y otro jurídico, y que la ley grava al demandante con la carga de alegar hechos y fundamentos de Derecho (art. 399.1 LEC). Ambos elementos son de importancia como elementos identificadores del objeto del proceso a título de “*causa de pedir*”. Nadie discrepa de esta afirmación. Pero, desde hace un siglo aproximadamente, se viene discutiendo acerca de cuál de ellos resulta decisivo a efectos de identificación del objeto de un proceso y de comparación con el objeto de otro proceso.

Por último, en cuanto a los sujetos se puede demandar conjuntamente a varios profesionales del mismo sector económico o a sus asociaciones, incluso conjuntamente a profesionales y asociaciones (art. 17.4 LCGC).

6.2. Requisitos de compatibilidad y conexión de las acciones

El primer requisito para la acumulación es que las acciones cuya acumulación se pretenda no sean incompatibles (art. 71.2 LEC): serán incompatibles cuando “*se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra u otras*” (art. 71.3 LEC). Como excepción, permite acumular eventualmente acciones entre sí incompatibles, con expresión de la acción principal y de aquella otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no se estime fundada (art. 71.4 LEC).

En segundo lugar, se requiere que entre las acciones que se acumulan exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entiende que el título es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos (art.72 LEC). El requisito de conexión por razón del título o causa de pedir del art. 72 LEC, cabe entenderlo sustituido, en materia de acciones colectivas de la LCGC, por lo que señala el art. 17.4 LCGC: que se utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales “*idénticas*” y que los demandados pertenezcan al “*mismo sector económico*” o contra sus asociaciones del mismo sector, ya que el significado, en lo económico, de una determinada condición general, puede ser distinto y permite apreciar su validez en el ámbito de un sector y la nulidad en otro, en casos especiales.

La Directiva 93/13/CEE establece por su parte el mandato (art. 7.3) de que los Estados prevean la acumulación o ejercicio conjunto de acciones cuando se esté en presencia de las mismas o similares cláusulas. El AAP Madrid (13ª) de fecha 11

de mayo de 2005 (AC-832), se refiere a la posibilidad de acumulación cuando se aprecia identidad en la redacción de las cláusulas o al menos la "homogeneidad necesaria" para que puedan extenderse a todas ellas los pronunciamientos que se recojan en la resolución judicial. Sobre el requisito del nexo o conexión por razón del título o causa de pedir recoge la STS1ª de 15 de julio de 2004 (RAJ-4690) sus requisitos más relevantes diciendo: *"La sentencia de 31 de diciembre de 1998 afirma que «doctrinalmente y con acierto se ha definido la causa de pedir, como aquella situación de hecho jurídicamente relevante y susceptible, por tanto, de recibir por parte del órgano judicial competente, la tutela jurídica solicitada. De dicha definición se desprende la existencia de los elementos, cuya identidad es precisa, como son a) un determinado "factum" y b) una determinada consecuencia jurídica en la que se subsumen los hechos". Sigue diciendo la sentencia, que este criterio que se reitera en la sentencia de 15 de noviembre de 2001 al afirmar que «la causa de pedir no se identifica con las acciones de las que se vale el actor en defensa de sus derechos sino que por lo que propiamente conforma la "causa petendi", son los hechos decisivos y concretos –también cabe reputarlos relevantes– o los títulos que conforman el derecho reclamado y avalan la tutela judicial que se postula, integrando la razón de pedir"*²⁸¹.

Los dos primeros presupuestos expresados no plantean problemas en materia de acciones colectivas, pues las acciones colectivas de cesación y retractación de la Ley de condiciones generales son siempre compatibles entre sí, y la única incompatibilidad es la acumulación de acciones de retractación o cesación con la declarativa, pues las primeras pretenden la eliminación de base de la condición general mientras la última pretende lo contrario, es decir, que se reconozca una cláusula como condición general, lo que hará muy difícil su acumulación.

²⁸¹ Cita Sentencia de 31 de marzo de 1992 que cita las de 9 de marzo y 20 de abril de 1968, 30 de junio de 1976 y 9 de mayo de 1980, así como las de 18 de abril de 1969, 17 de febrero de 1984, 5 de noviembre de 1992 y 11 de octubre de 1993, entre otras.

Un supuesto de acumulación subjetiva se da cuando una de las entidades legitimadas con base en el art. 16 LCGC ejercita la acción de cesación o de retractación de forma conjunta contra varios profesionales que utilizaran o recomendaran condiciones generales de la contratación que se consideran nulas. Para esta acumulación el art. 17.4 LCGC exige que la acción se dirija contra profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas que se consideren nulas, siendo esa identidad un requisito más de los exigibles que podrá versar sobre el *petitum* o sobre la *causa petendi*.

6.3. Requisitos de jurisdicción y competencia

De acuerdo con el art. 73 LEC, en las acciones cuya acumulación se pretenda han de concurrir los requisitos procesales necesarios en materia de jurisdicción y competencia objetiva y compatibilidad del tipo de juicio en que las acciones se deben ventilar. De este modo, se permite acumular en una misma demanda distintas acciones cuando así los dispongan las leyes para casos determinados (art. 73.2 LEC)²⁸², como son los casos señalados de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Esto favorece la acumulación, en la línea de la flexibilidad que la jurisprudencia establece en materia de interpretación de las normas sobre acumulación de acciones que tienden a facilitar la acumulación, SSTs^{1ª} de 21 de diciembre de 2004 (RAJ-8142) y 9 de marzo de 2006 (RAJ-1072) antes referidas.

La exigencia de que el tribunal que ha de conocer de la acción principal tenga jurisdicción y competencia objetiva por razón de la materia (art. 73.1-1º LEC) ha de ser objeto de especial consideración en los procesos sobre CGC al haberse atribuido

²⁸² La Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, dio la actual redacción al art. 73.2 LEC.

a los juzgados de lo mercantil la competencia para conocer de los procesos en que se ejercitan las acciones colectivas relativas a condiciones generales de la contratación y las relativas a consumidores y usuarios (art. 86 ter nº 2 apartado d, LOPJ), ya que las acciones individuales LCGC y las relativas a contratos en general serán de competencia de los juzgados de primera instancia.

Tras la Ley Orgánica 7/2015 que modificó la LOPJ para atribuir a los juzgados civiles el conocimiento de los procesos en materia de acciones individuales y a los juzgados mercantiles el conocimiento en materia de acciones colectivas, el ejercicio de esas acciones acumuladas se complica pues la norma introducida no determina el tribunal competente en esos casos de acumulación, con lo que habría que aplicar la norma general en materia de acumulación de acciones (art. 73.1-1º LEC) que exige como requisito procesal de *ius cogens* para que proceda la acumulación: “*que el tribunal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia*”, lo que haría en la práctica muy difícil por no decir imposible la acumulación de la acción individual y la colectiva ejercitadas ambas como acciones principales, mientras no se le dé una solución legal a esa cuestión.

Al respecto, merecen destacarse las SSAP Pontevedra (1ª) de 31 de marzo de 2006 (AC-1015) y 25 de mayo de 2006 (AC-1026) que no admiten la acumulación de la acción de incumplimiento contractual contra una sociedad a la acción de responsabilidad del administrador de la misma sociedad, ya que la primera es competencia de los juzgados de primera instancia y la segunda es competencia de los juzgados mercantiles. Estas sentencias destacan la existencia de una laguna legal en esta materia que consiste en no establecer la Ley una previsión expresa para los casos en que se acumulen acciones competencia de la jurisdicción civil pero atribuida unas a los juzgados ordinarios y otras a los especializados. Las sentencias analizan los distintos argumentos en pro y en contra de una acumulación en estos casos, pronunciándose al final por la no acumulación sobre la base de que las

normas de atribución de competencia son de *ius cogens*. En el mismo sentido se expresa el AAP Madrid (28ª) de 19 de octubre de 2006 (AC-1957)²⁸³.

La introducción de los juzgados de lo mercantil es muy relevante. Antes de su entrada en funcionamiento, la competencia objetiva correspondía según la Ley de Enjuiciamiento Civil siempre a los juzgados de primera instancia (art. 45 LEC), pero una vez que entró en vigor la Ley Orgánica 8/2003 de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, se atribuyó la competencia para conocer de las acciones relativas a condiciones generales a los juzgados de lo mercantil (art.86, ter, nº 2 d) a partir de 1-9-2004 en que entraron en funcionamiento, tanto las acciones colectivas como las acciones individuales. Finalmente la reforma de la LOPJ por la LO 7/2015 de 21 de julio, estableció el nuevo criterio, antes detallado, de atribuir a los juzgados mercantiles únicamente las acciones colectivas en materia de CGC y de consumidores y usuarios, mientras las acciones individuales pasaban a los juzgados de primera instancia. Esta competencia lleva consigo que se altere la competencia funcional, pues en materia de recursos la instancia superior corresponde a las secciones especializadas de lo mercantil de las Audiencias Provinciales cuya creación contemplan las normas referidas, pero con la especialidad establecida también por la LO 7/2015 que la apelación de los procesos sobre las acciones individuales pasarán a conocimiento de esas secciones especializadas (art. 82.2 -2º LOPJ).

La competencia territorial sí puede resultar alterada por la acumulación si los demandados deberían serlo ente juzgados de localidad diferente en aplicación del fuero del art. 52.1 nº 14º y 16º LEC. De no resultar aplicable ninguno de los fueros que señala dicho precepto, sería de aplicación el genérico del art. 53.2 LEC, previsto para la acumulación, que deja a elección del demandante que la demanda se pueda

²⁸³ Recoge las distintas posiciones de las audiencias provinciales en esta materia, la obra citada de GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La acumulación de acciones* [...], pp. 57-62.

presentar ante cualquiera de los jueces competentes en el lugar de cualquiera de los demandados. No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta el carácter imperativo de los fueros en materia de condiciones generales. Cuando se ejerciten acciones individuales no habrá gran dificultad ya que el art. 52.1.14º LEC atribuye la competencia al tribunal del domicilio del demandante.

Mayor problema surge cuando se trata del ejercicio de acciones colectivas y los demandados son varios, en cuyo caso hay que justificar, en primer lugar, el fuero que corresponde en función del ejercicio de las acciones contra cada demandado por separado, y seguidamente, la competencia del tribunal ante el que se presenta la demanda por aplicación de las reglas del art. 53.1 y 2 LEC. Es decir, se exige explicar los criterios de sucesiva aplicación que tal precepto establece, o lo que es igual, por qué una acción es fundamento de las demás, por qué es el tribunal al que correspondería conocer del mayor número de las acciones acumuladas o, en último término, determinar que es el tribunal del lugar que corresponde a la acción más importante cuantitativamente.

Esta última cuestión puede ser de difícil justificación in *limine litis*, máxime cuando a la acción de cesación se acumula la acción indemnizatoria del art. 12.2. LCGC cuya cuantificación puede no conocerse con precisión hasta la completa determinación de todos los consumidores afectados, teniendo en cuenta siempre que la acción acumulada es una acción accesorio siendo la acción principal la decisiva a la hora de determinar el fuero. Con todo, a nuestro entender, los fueros que del art. 53 LEC no son incompatibles con los que señala el art. 52 y 54 del mismo texto legal. Determinada la competencia en la forma que señalan estos últimos preceptos, de proceder la acumulación de acciones, la regla a aplicar será la del art. 53.2 LEC, que faculta al demandante para presentar la demanda ante cualquiera de los tribunales competentes, pues tal precepto trata precisamente de dar respuesta a cualquier duda que pudiera presentarse.

Sobre la base de esas normas, la falta de competencia objetiva, territorial y funcional puede ser apreciada de oficio por el tribunal (arts. 48 y 58 y 62 LEC) o a instancia de parte a través de la declinatoria (arts. 49, 59 y 63 LEC), como antes señalamos. Tanto el control de oficio como el de parte procede sobre la demanda inicial y sobre la ampliación de la misma, en su caso.

6.4. Requisitos sobre procedimiento a seguir

La disparidad de los procedimientos no necesariamente es óbice para acordar la acumulación de acciones. De acuerdo con las reglas generales de la LEC, en el supuesto de que se pretenda acumular una acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario a otra acción que, por sí sola o por razón de su cuantía se habría de ventilar en juicio verbal, se permite su acumulación a la que se ha de tramitar por las disposiciones previstas para el juicio ordinario de conformidad con el art. 73.1-1º LEC. Este caso puede darse en materia de condiciones generales de la contratación, al preverse la posibilidad de acumular a las acciones colectivas, las acciones accesorias antes señaladas y las individuales y establecer la normativa vigente distintos procesos a seguir según hemos referido al principio de este capítulo. En el supuesto analizado no se plantea ningún problema específico salvo el del procedimiento a seguir, pues mientras en la acción de cesación cabe el procedimiento verbal en los casos que se han comentado, en la acción de retractación solo cabe el procedimiento ordinario.

En cuanto a la naturaleza y tipología de los juicios, la modificación de los arts. 249.1-5º y 250.1-12º LEC, efectuada por la Ley 39/2002 de 28 de Octubre, encuadra la acción de cesación en el ámbito del juicio verbal, cuando se ejercite en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, que será el caso de la acción de cesación que regula el TRLGDCU (art. 53),

permaneciendo en el ámbito del juicio ordinario cuando se ejercite en relación con contratos de la Ley de condiciones generales pactados con adherentes sean o no consumidores y usuarios y cuando se ejerciten las restantes acciones colectivas (retractación y declarativa) y las individuales sobre la misma materia.

Con la nueva regulación será posible acumular la acción que se ejercita en el ámbito del juicio verbal al ordinario pero no podrán acumularse las que se ejercitan en un juicio ordinario a la que se ejercita en un juicio verbal, pues el art. 77 LEC prohíbe que la acumulación se convierta en medio para privar a las partes de oportunidades de defensa que se dan en el ordinario y no en el verbal. Aunque, como sostienen algunos autores²⁸⁴, para ello bastaría permitir la acumulación entre ambas clases de acciones, con independencia de que el ámbito de los juicios declarativos sea distinto, para luego ordenar que la tramitación conjunta siga los trámites del juicio ordinario. Esta objeción ha sido resuelta por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, al dar nueva redacción al nº 1 del art. 77 LEC al que añade un párrafo segundo con la siguiente redacción: *“Se entenderá que no hay pérdida de derechos procesales cuando se acuerde la acumulación de un juicio ordinario y un juicio verbal, que proseguirán por los trámites del juicio ordinario, ordenando el Tribunal en el auto por el que acuerde la acumulación, y de ser necesario, retrotraer hasta el momento de admisión de la demanda las actuaciones del juicio verbal que hubiere sido acumulado, a fin de que siga los trámites previstos para el juicio ordinario”*.

Este sistema es más flexible que el anterior, pues da primacía al interés presente en la acumulación (como se ha expuesto, de favorecer la economía procesal y la seguridad jurídica en caso de acciones conexas) a la rigidez derivada de un sistema en el que lo relevante era la pureza del procedimiento a seguir.

²⁸⁴ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil* [...], cit. p. 174.

6.5. *Momento de plantear la acumulación*

Lo habitual es que la acumulación se plantee en la demanda. En todo caso el momento límite para acumular las acciones será el que permite el art. 401 LEC, respecto a la ampliación de la demanda, en el juicio ordinario, es decir, antes de que se conteste a la demanda. Después de contestada *“no se permitirá la acumulación de acciones”*. Según dispone el art. 401.2 LEC, antes de la contestación podrá ampliarse la demanda para acumular nuevas acciones a las ya ejercitadas o para dirigirlas contra nuevos demandados, cumpliendo los mismos presupuestos que los requeridos para la demanda inicial.

En el caso de que proceda el juicio verbal se deberá seguir la regla general de acumular las acciones en la demanda (art. 438.4 LEC), cuando sea posible, y concurran las excepciones previstas en el mismo art. 438.3 LEC para la acumulación objetiva de acciones. La Ley 19/2009 de 23 de noviembre de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler (en vigor desde el 24-12-2009), art. 2º apartado 12, dio la redacción actual al art. 438.3 de la LEC, en sus tres primeras excepciones, en estos términos: *“Artículo 438 «3. No se admitirá en los juicios verbales la acumulación objetiva de acciones, salvo las excepciones siguientes: 1ª. La acumulación de acciones basadas en unos mismos hechos, siempre que proceda, en todo caso, el juicio verbal. 2ª. La acumulación de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios a otra acción que sea prejudicial de ella. 3ª. La acumulación de las acciones en reclamación de rentas o cantidades análogas vencidas y no pagadas, cuando se trate de juicios de desahucios de finca por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo, con independencia de la cantidad que se reclame. Asimismo, también podrán acumularse las acciones ejercitadas contra el fiador o avalista solidario previo requerimiento de pago no satisfecho. 4ª. En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto*

obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos²⁸⁵”.

En los procesos de consumo, cuando los adherentes afectados han respondido al llamamiento tras la publicación de la admisión de la demanda (art. 15.1 LEC) podrán, a través del escrito de ampliación de la demanda, acumular a las pretensiones ejercitadas por las entidades que plantean las acciones colectivas en la demanda, las pretensiones individuales de aquellos adherentes que han acudido al llamamiento, como por ejemplo, acumular pretensiones individuales de indemnización a pretensiones de cesación ejercitadas por una asociación de consumidores y usuarios en la demanda para la eliminación de condiciones generales nulas. Obviamente esta acumulación sobrevenida debe cumplir los mismos requisitos materiales y procesales que la acumulación inicial.

6.6. La acumulación de acciones, control de oficio y a instancia de parte

El art. 73.3 LEC²⁸⁶ permite al tribunal controlar de oficio la concurrencia de los requisitos de la acumulación de acciones y le obliga a requerir a la parte para que

²⁸⁵ Excepción 4ª añadida por la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, Disposición Final Tercera apartado 12.

²⁸⁶ La Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, da nueva redacción al art. 73 LEC por la que el anterior nº 4 ha pasado a ser el nº 3, como antes señalamos, encomendando el requerimiento de subsanación al Secretario judicial. En caso de que no se subsane no impone la norma el archivo sino que obliga al tribunal a que resuelva sobre la admisión de la demanda.

subsane, en su caso, el defecto que impide la acumulación o la haga indebida, bajo pena de archivar la demanda. En su nueva redacción, la norma dice lo siguiente: Art. 73.3: “3. Si se hubieren acumulado varias acciones indebidamente, el Secretario judicial requerirá al actor, antes de proceder a admitir la demanda, para que subsane el defecto en el plazo de cinco días, manteniendo las acciones cuya acumulación fuere posible. Transcurrido el término sin que se produzca la subsanación, o si se mantuviera la circunstancia de no acumulabilidad entre las acciones que se pretendieran mantener por el actor, dará cuenta al Tribunal para que por el mismo se resuelva sobre la admisión de la demanda.”

En el juicio ordinario, el demandado puede también oponerse a la acumulación en el escrito de contestación a la demanda (art. 402 y 405 LEC), cuando considere que la acumulación no se acomoda a los requisitos de los arts. 71 y siguientes de la LEC. El tribunal resolverá sobre la procedencia y admisibilidad de la acumulación oralmente en la audiencia previa al juicio, previa audiencia a la parte actora (art. 419 LEC). En el juicio verbal, por un lado, la acumulación de acciones se podrá impugnar en la vista del juicio: el demandado en sus alegaciones se ha de referir en primer lugar a la acumulación de acciones, en su caso, y tras la preceptiva audiencia al demandante el tribunal resolverá lo que proceda, tal como establece el art. 443.2 y 3 LEC²⁸⁷. Por otro lado, en el mismo juicio verbal también cabe el control de oficio por el tribunal sobre la admisibilidad de la acumulación acciones, pues el tribunal viene obligado a comprobar que la acumulación está incluida en alguno de los limitados supuestos en que está permitida la acumulación en este tipo de procesos (art. 438 nos. 3 y 4 LEC). También el tribunal puede realizar ese control

²⁸⁷ Artículo 443. Desarrollo de la vista 2. Acto seguido, el demandado podrá formular las alegaciones que a su derecho convengan, comenzando, en su caso, por las cuestiones relativas a la acumulación de acciones que considerase inadmisibles, 3. Oído el demandante sobre las cuestiones a que se refiere el apartado anterior, el tribunal resolverá lo que proceda y si manda proseguir el juicio, el demandado podrá pedir que conste en acta su disconformidad, a los efectos de apelar contra la sentencia que en definitiva recaiga.

en base a las especialidades de la acumulación de los procesos sobre CGC (arts. 12.2 y 17.4).

Algún autor, en relación con la acumulación de acciones en los procesos sobre condiciones generales, indica que puede suceder que no se plantee la cuestión de la acumulación en los momentos procesales que dejamos señalados sino en momento posterior, por ejemplo, porque no se tenga constancia de que varios demandados forman parte del mismo sector económico (art. 17.4 LCGC), lo que obligaría al tribunal a decidir sobre la acumulación en momento procesal posterior al previsto en los arts. 73.3 y 419 LEC, dado el carácter de orden público de los presupuestos de la acumulación. Destaca que la Ley procesal no dice nada al respecto, pero su voluntad es clara de que no quede diferida la cuestión a la sentencia, aunque cabe que en alguna ocasión pueda llegar a ese momento. En ese caso, carece de sentido una desacumulación de las acciones y lo que procede es dejar impregjudada la acción indebidamente acumulada²⁸⁸.

6.7. Efectos de la acumulación.

El efecto principal de la acumulación es la tramitación conjunta en el mismo proceso de las acciones acumuladas y su resolución en una sola sentencia, pero nada más ya que cada acción acumulada conserva su independencia respecto de las otras y el pronunciamiento puede ser distinto para unas y otras. El art. 71.1 LEC lo determina con claridad al considerar como efecto principal de la acumulación de acciones el discutirse todas en un mismo procedimiento y resolverse en una sola sentencia. Este efecto se produce también en la acumulación de autos o de procesos (al menos en lo que se refiere a la resolución en una única sentencia) aunque

²⁸⁸ En este sentido v. GASCÓN INCHAUSTI, F., “Comentario al art. 17”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales* [...], dir. A. Menéndez y L. Díez-Picazo, cit., pp. 750-751.

inicialmente no hubieran tenido una tramitación conjunta con anterioridad a haberse decretado la acumulación de autos.

Con los efectos anteriores se da cumplimiento al objetivo de economía procesal inherente a la tramitación conjunta en un solo proceso y a obtener seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que se consigue al resolver en una sola sentencia que evita resoluciones contradictorias que se podrían producir de tramitar en distintos procesos las acciones acumuladas. Cuando son varias las partes, sea del lado activo o pasivo o de ambos, los actos realizados por cada una de ellas, así favorables como perjudiciales, sólo a la que los realiza le afectan (allanamiento, renuncia, desistimiento, recursos, etc.), en los mismos términos que antes se ha señalado para el caso de la intervención.

7. Acumulación de procesos: especialidades en materia de condiciones generales.

7.1. Los requisitos para que proceda la acumulación

La acumulación de procesos, como antes indicamos, permite unir en un único procedimiento y resolver en una única sentencia procesos que seguían una tramitación separada. Ello requiere que los procesos pendientes concurren las siguientes condiciones:

a) Que se encuentren en primera instancia y antes de concluir el juicio oral (art. 77.4 LEC).

b) Que los procesos declarativos se sustancien por los mismos trámites o que su tramitación pueda unificarse sin pérdida de derechos procesales (art. 77.1 LEC).

c) Que exista entre ellos un nexo jurídico (conexión) de suficiente entidad que justifique la tramitación unificada (art. 76.1-2 LEC).

d) Que lo solicite alguna de las partes (art. 75 LEC) o, por excepción, se acuerde de oficio por el tribunal en los casos tasados que indica la ley (art. 76.2 LEC).

Tras la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, el art. 75 LEC tiene nueva redacción: “Artículo 75. *Legitimación para solicitar la acumulación de procesos. Acumulación acordada de oficio. La acumulación podrá ser solicitada por quien sea parte en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende o será acordada de oficio por el Tribunal, siempre que se esté en alguno de los casos previstos en el artículo siguiente.*”

También se da nueva redacción al art. 76 LEC para concretar los supuestos en se permite la acumulación de oficio, quedando con la siguiente redacción: “Art. 76. *Casos en que procede la acumulación de procesos.* 1. La acumulación de procesos habrá de ser acordada siempre que: 1º La sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos prejudiciales en el otro. 2º Entre los objetos de los procesos de cuya acumulación se trate exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieren dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes. 2. *Asimismo, procederá la acumulación en los siguientes casos: 1.º Cuando se trate de procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios, susceptibles de acumulación conforme a lo dispuesto en el apartado 1.1.º de este artículo y en el artículo 77, cuando la diversidad de procesos no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en el artículo 15 de esta ley.*”

Esta reforma supone un cambio relevante en la posición de las partes en el proceso y en la del órgano jurisdiccional, que da prevalencia al interés de fomentar la tramitación conjunta de procesos con objetos conexos, en evitación de una eventual producción de sentencias contradictorias. En el caso de las acciones para la protección de los derechos de consumidores y usuarios, además, se advierte la presencia de un interés público para evitar lo que podríamos llamar la dispersión de las controversias relativas a un mismo contrato o a un mismo tipo de cláusula contractual reiterada en contratos diferentes. Las implicaciones de la reforma son, en este punto, muy variadas, de gran trascendencia práctica, toda vez que los objetivos de la acumulación de procesos coinciden con los de otras instituciones procesales, tales como la prejudicialidad civil en el proceso civil (art. 43 LEC) o la excepción de litispendencia (art. 78.1 LEC), que podría no limitarse a los casos de identidad de objetos en procesos pendientes diferentes, sino también de conexión entre dichos objetos.

Con todo el tema es polémico y existen interpretaciones que han llevado a decisiones de los tribunales que están recurridas al TC. En lo que conocemos, se han admitido a trámite una serie de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional contra diferentes autos de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (especializada en materia mercantil), que confirman otros dictados por Juzgados de lo Mercantil en procesos en los que se ejercía la acción individual de nulidad por abusividad de las cláusulas suelo a la hora de computar el interés variable en la contratación de préstamos hipotecarios por entidades bancarias. Simultáneamente al ejercicio de estas acciones, pende ante un Juzgado de lo Mercantil de Madrid una acción colectiva promovida una asociación de consumidores en la que se pide la cesación del uso de dichas cláusulas, por abusivas, lo que llevó a la Audiencia de Barcelona al confirmar la decisión de suspensión de los procesos individuales hasta tanto no se resolviera el proceso colectivo seguido en Madrid, por prejudicialidad civil. La decisión no está exenta de la polémica indicada ni de relevancia mediática,

toda vez que otro Juzgado lo Mercantil de Barcelona promovió una cuestión prejudicial ante el TJUE en la que se preguntaba si era acorde con el Derecho Comunitario en materia de consumidores las cláusulas suelo.

Los recursos de amparo contra esas decisiones de la Audiencia Provincial de Barcelona, se basan todos ellos en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C), en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, puesto que la decisión de suspensión por litispendencia implicaba, a juicio de los demandantes, un óbice para que la jurisdicción ordinaria conociera de sus acciones que, por no estar amparado en norma procesal positiva, se basaba en una motivación arbitraria o irrazonable. A la espera de la resolución de esos procesos constitucionales, es lo cierto que, de acuerdo con el sistema vigente, el órgano judicial dispone de una variedad de soluciones en caso de procesos diferentes con objeto interrelacionado o conexo, y que la que ahora establece el art. 76.2 LEC evita la suspensión de los posteriores, pero a costa de forzar a los demandantes -en casos como el aludido- a personarse en otro procedimiento, seguido en otro órgano judicial y en provincia diferente, para conocer de una acción individual conexa a otra colectiva.

7.2. Normas especiales en procesos de consumidores

En la acumulación de procesos (art. 77.3 LEC) no procede la acumulación cuando la competencia territorial del tribunal que conozca del proceso más moderno tenga en la ley carácter inderogable para las partes, carácter que tiene lo normado en el art. 52.1 nos. 14 y 16 LEC en materia de condiciones generales y defensa de los consumidores y usuarios como hemos señalado en el capítulo sexto de este trabajo. En esta materia tampoco se considera válida la sumisión expresa (art. 54.2 LEC).

Tampoco procede la acumulación cuando los procesos estuvieren pendientes ante distintos tribunales si el tribunal del proceso más antiguo careciese de competencia objetiva por razón de la materia para conocer del proceso o procesos que se quieran acumular (art. 77.2 LEC), lo que puede suceder cuando se trate de acumular procesos en que se ejercitan acciones individuales a procesos en que se ejercitan acciones colectivas, pues tras la Ley Orgánica 7/2015, que modificó la LOPJ, se atribuye a los juzgados civiles el conocimiento de los procesos en materia de acciones individuales y a los juzgados mercantiles el conocimiento en materia de acciones colectivas, el ejercicio de la acumulación de procesos se complica pues la norma introducida no determina el tribunal competente en esos casos de acumulación, con lo que el art. 77.2 LEC, precepto de *ius cogens*, impediría esa acumulación de procesos, mientras no se le dé una solución legal a esa cuestión.

De acuerdo con el art. 76 LEC, sólo se ordenará la acumulación de procesos cuando la sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos prejudiciales en el otro; y cuando entre los objetos de los procesos cuya acumulación se pida exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieran dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes.

El art. 76.2-1º LEC establece una regla especial para los procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos que las leyes reconocen a consumidores y usuarios, por la cual sólo se admite la acumulación cuando, además de concurrir los requisitos que se acaban de señalar, la diversidad de procesos no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en el art. 15 LEC (llamada al proceso de todos los perjudicados que deseen comparecer). Si se dan todos esos requisitos la acumulación procede incluso de oficio, lo que resulta una regla excepcional en materia de acumulación frente a la regla general del art. 75 LEC que exige petición de parte en cualquiera de los

procesos cuya acumulación se pretenda y establece como una excepción la acumulación de oficio en los casos del art. 76 LEC.

El artículo 78 LEC, en sus tres primeros números, menciona los casos en que no procede la acumulación de procesos:

a) Cuando el riesgo de que se dicten sentencias contradictorias, incompatibles o mutuamente excluyentes pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia²⁸⁹.

b) Cuando no se justifique que, con la primera demanda o, en su caso, con la ampliación de ésta o con la reconvención, no pudo promoverse un proceso que comprendiese pretensiones y cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en los procesos distintos, cuya acumulación se pretenda.

c) Finalmente, según el número 3 no procederá la acumulación si los procesos en que se pretenda fueren promovidos por el mismo demandante o por demandado que formula reconvención, solo o en litisconsorcio, pues se entenderá, salvo justificación cumplida, que pudo promoverse un único proceso en los términos del apartado 2.

²⁸⁹ La SAP Cáceres (1ª) de 14 de diciembre de 2012 (AC-83) destaca el diverso efecto de la excepción de litispendencia en función de que se ejercite una acción individual (que solo surte efectos entre las partes) o se ejercite una acción colectiva, que puede surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Con carácter general, indica que la litispendencia en sentido estricto se concibe en la doctrina como aquella situación en virtud de la cual queda prohibido tanto al actor como al demandado la válida incoación de un proceso ulterior con idéntico objeto, ya sea ante el mismo o ante otro juez o tribunal. Exige, entre otros, el requisito de una identidad sustancial de ambos procesos, suficiente para determinar que lo posteriormente resuelto en uno daría lugar a que prosperara la excepción de cosa juzgada en el otro, de ahí el carácter de orden público de la excepción y la íntima relación existente entre litispendencia y la cosa juzgada, instituciones que difieren no en su sustancia sino en cuanto al diferente momento procesal en que operan (art. 421 y art. 222 LEC). En definitiva, el fundamento último de la litispendencia estriba en el eventual riesgo de emisión de sentencias contradictorias.

Termina el precepto indicando que lo dispuesto en los tres números anteriores no será de aplicación a los procesos a los que se refiere el art. 76.2-1º, antes referidos relativos a la protección de intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios. Procesos cuyas especialidades son aplicables también a los de condiciones generales de la contratación (disposición adicional cuarta LCGC).

Cuando se defienden intereses de consumidores y usuarios existen especialidades en materia de acumulación que se concretan en el citado art. 76.2-1º LEC, que supone a la vez una excepción al principio indicado de que la acumulación requiere instancia de parte. El precepto ha sido objeto de nueva numeración (antes era el art. 78.4 LEC) y redacción por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. La nueva redacción del art. 76.2-1º LEC dice lo siguiente:

“Art. 76. “2. Asimismo, procederá la acumulación en los siguientes casos: 1º Cuando se trate de procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios, susceptibles de acumulación conforme a lo dispuesto en el apartado 1.1.º de este artículo y en el artículo 77, cuando la diversidad de procesos no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en el artículo 15 de esta ley.

Este artículo indica que procederá la acumulación en los procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios, cuando la diversidad de esos procesos, ya sean promovidos por las asociaciones, entidades o grupos legitimados o por consumidores o usuarios determinados, no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en el art. 15 de esta Ley. En tales casos, se decretará la acumulación de procesos, tanto si la piden las partes como si el

tribunal la acuerda de oficio (art. 75 LEC), al ser uno de los casos que contempla el art. 76 LEC.

El art. 76.2-1º LEC exige, en primer lugar, que los procesos sean susceptibles de acumulación conforme a las exigencias generales establecidas en los arts. 76 y 77 LEC que se han indicado al examinar las consideraciones generales de la acumulación de procesos.

La segunda exigencia es que se trate de procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios (art. 11 LEC). En esta referencia general a que las “*leyes reconozcan*” a consumidores y usuarios habrá que incluir las acciones y procesos derivados de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, tanto por la propia amplitud de la remisión citada como por la expresa equiparación entre consumidores y adherentes que hace la disposición adicional cuarta de la LCGC (añadida por la disposición final sexta de la LEC). Es indiferente que se trate de procesos promovidos por las asociaciones, entidades o grupos legitimados o por consumidores o usuarios determinados, o lo que es igual, que en los procesos se ejerciten acciones colectivas o individuales.

En tercer lugar, para la aplicación del art.76.2-1º LEC se exige acreditar que no se hubiera podido evitar la diversidad de procesos a través de otros mecanismos procesales que se consideran preferentes, como son la acumulación de acciones o la intervención prevista en el art. 15 LEC. Este último requisito es una exigencia problemática cuando las partes de los diversos procesos son personas distintas, pues la exigencia de justificar que la diversidad de procesos no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de sus acciones conlleva imponerles en la práctica un litisconsorcio activo necesario, algo de difícil justificación. Igualmente el imponerles justificar que la diversidad de procesos no se hubiera podido evitar mediante la intervención prevista en el art. 15 LEC les obligaría a averiguar, antes

de iniciar un proceso, si ya existe alguno en marcha sobre el mismo tema que habilitara la intervención, lo que resulta en la práctica de muy dificultosa averiguación.

Cumplidas las exigencias indicadas cabe la acumulación, incluso de oficio por imposición del tribunal y sin necesidad de petición de parte, con lo que se establece una excepción clara al principio de que la acumulación de procesos requiere instancia de parte (art. 75 LEC). Por lo demás, fuera de lo que se deja expresado, la acumulación de procesos no presenta especialidad alguna ni en su solicitud ni en sus trámites y efectos respecto a cualquier otro proceso que se tramite por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto se sigan ambos procesos ante el mismo tribunal como ante tribunales distintos (arts. 81 a 98 LEC), salvo el tema de la competencia territorial del art. 77.3 LEC, pues los fueros en la materia que nos ocupa son inderogables, y la competencia objetiva del art. 77.2 LEC ya comentados.

CAPÍTULO OCTAVO

LA SENTENCIA EN PROCESOS DE ACCIONES COLECTIVAS: ESPECIALIDADES PROCESALES.

1. Efectos de las sentencias que resuelven los procesos en que se ejercitan las acciones colectivas

1.1. Introducción: Pronunciamientos de las Sentencias

En este capítulo se estudia la sentencia y sus efectos, atendiendo a su contenido, en función de la clase de acción ejercitada, y al régimen de recursos contra ella. Por último, se analizan las especialidades en materia de ejecución forzosa, con atención a la variedad de actuaciones ejecutivas como consecuencia de la diversidad de pronunciamientos posibles, y también a la cosa juzgada de la sentencia sobre condiciones generales de la contratación.

La Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en su redacción inicial, tenía un precepto específico (art. 20) relativo a los “*efectos de la sentencia*” en los procesos en que se ejercitan acciones colectivas. Distinguía, en sus cuatro apartados, los efectos de la sentencia según se ejercitara la acción de cesación, la de retractación o la declarativa, para terminar dando efectos específicos a la sentencia que se dictara en el recurso de casación.

La Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 modifica este sistema: por un lado, deroga el art. 20 LCGC (Disposición Derogatoria Única nº 2-15) y, por otro lado, da nueva redacción a los apartados segundo, tercero y cuarto del art. 12 LCGC (Disposición Final Sexta), en el que se define cada una de las acciones colectivas y la sentencia que se quiere obtener con su ejercicio.

Tras la nueva redacción, el contenido básico de la sentencia que resuelve el proceso de la acción colectiva de cesación es el que señala el art. 12.2 LCGC (“*obtener una sentencia que condene al demandado*” dice la norma): decidir si las cláusulas de condiciones generales cuestionadas en el proceso han de reputarse nulas y, si se reputan nulas, *condenar al demandado a eliminar* la condición general cuestionada (prestación de hacer), además de la obligación de abstenerse de utilizarla en lo sucesivo (prestación de no hacer) y, en su caso y si es necesario, determinar o aclarar el contenido del contrato, que en principio ha de considerarse válido y eficaz, salvo que la nulidad afecte a sus elementos esenciales, en este último caso el contrato quedaría sin efecto.

Si a la acción colectiva de cesación se hubiera acumulado la accesoria de devolución de cantidades indebidamente entregadas en base a la condición general nula a eliminar, y la de indemnización de daños y perjuicios causados por la aplicación de tal condición, la sentencia concretará la cantidad a devolver e igualmente la cantidad que proceda abonar por el concepto de daños y perjuicios originados por la condición general nula, que se hubieran solicitado en la demanda y acreditada su cuantía en el proceso (art. 12.2 LCGC). La estimación de la acción accesoria lleva consigo una condena dineraria, con la consiguiente obligación para el condenado de devolver las cantidades indebidamente recibidas y/o abonar la indemnización de daños y perjuicios.

Por su parte, el contenido básico de la sentencia que resuelve la acción de retractación es decidir si las cláusulas de condiciones generales objeto del proceso han de considerarse nulas y, si las considera nulas, declarar e imponer al demandado el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizarlas (prestación de hacer), así como la obligación de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro (prestación de no hacer).

En tercer y último lugar, el contenido básico de la sentencia que resuelve el proceso de la acción colectiva declarativa será reconocer, si es estimatoria, que la cláusula tiene naturaleza de condición general de la contratación (pronunciamiento meramente declarativo) y ordenará su inscripción en el registro de condiciones generales, si la referida cláusula fuera de inscripción obligatoria, conforme a lo que señala el art. 11.2 LCGC. Si es desestimatoria, solamente determina que una concreta cláusula no tiene la naturaleza expresada.

1.2. Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios, especialidades de la LEC

La LEC contiene especialidades en el supuesto de sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios. Las especialidades se refieren, en primer término, a la necesidad de determinación de los beneficiarios, algo lógico considerando la naturaleza de las acciones. En segundo lugar, establece especialidades para el caso de que esa determinación no sea posible, tanto relativas al contenido de la sentencia como al momento posterior de su ejecución. Finalmente, se introducen reglas de eficacia de la sentencia respecto a los consumidores y usuarios personados y a quienes no hayan sido parte en el proceso.

El art. 221 y el art. 519 LEC, respecto a sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios, establecen las siguientes especialidades procesales:

Artículo 221. Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

1.ª Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

2.ª Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

3.ª Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

Art. 519. Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de beneficiarios

Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución.

Los mandatos del art. 221.1 regla 1ª LEC son claros y obligan al tribunal a pronunciamientos precisos, tanto en el caso de que sea posible la determinación individual de los beneficiados por la sentencia de condena, como cuando esa determinación no sea posible.

La SAP Burgos (3ª) de 31 de julio de 2006 (AC 2007-108)²⁹⁰, concreta las obligaciones que para el juzgador derivan de dichas normas al decir: “*Como en este procedimiento, no se personó individualmente ningún perjudicado, pese al*

²⁹⁰ Sentencia confirmada por la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2010 (RAJ-6049).

llamamiento efectuado por el juez de instancia conforme al artículo 15.3 de la LEC, habrá de determinarse conforme a las exigencias del artículo 221.1.ª de la citada Ley cuáles son los consumidores y usuarios que pueden exigir el pago de la indemnización sufrida por daños y perjuicios. Ahora bien, como matiza la parte demandada, lo que la ley permite es que, estableciendo la sentencia los datos, características y requisitos necesarios que deben cumplirse para ser reconocidos como beneficiarios de la condena, se determine en ejecución de sentencia mediante el procedimiento que arbitra el artículo 519 de la LEC las personas concretas que tienen dicha condición, pero lo que no permite la LEC es dejar para ejecución de sentencia la determinación del concreto daño o perjuicio sufrido (artículo 219 de la LEC)”.

El mecanismo de protección que establece el art. 519 LEC, permite concretar en la fase de ejecución de la sentencia la individualización de los beneficiarios por la sentencia de condena que no hayan sido parte en el pleito, sin necesidad de que éstos tengan que iniciar un nuevo proceso. Esta individualización se hace siempre sobre la base de los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia de obligada constancia. Una vez individualizado el beneficiario por el auto del tribunal, con el testimonio del mismo, el beneficiario pueda instar la ejecución.

La remisión del art. 221.1 LEC a las asociaciones “*con la legitimación a que se refiere el art. 11 de esta Ley*”, a nuestro juicio, no permite extender las especialidades del art. 221 a los procesos instados por los grupos de afectados que menciona también el art. 11.2 LEC, pues la remisión se ha de referir al art 11.1 LEC que habla de la legitimación de las asociaciones en relación con el art. 11.3 LEC. En la LEC no se prevé en ninguna norma que, respecto al grupo de afectados, los consumidores no intervinientes en el proceso instado por la mayoría del grupo puedan resultar beneficiados por la sentencia, ya que en definitiva los integrantes del grupo están ejercitando una acción individual de cada uno de sus integrantes.

Ciertamente resultan excepcionales y novedosos los mecanismos de la LEC (arts. 221 y 519) para determinar quiénes son o han de ser beneficiados por la sentencia estimatoria y quiénes están legitimados para instar la ejecución forzosa de los pronunciamientos obtenidos en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios, que son consecuencia de que en el curso del proceso pueden haber quedado indefinidos tanto el beneficiario como el importe concreto del total que en conjunto deba abonarse, sin que el demandado sepa de antemano el número de personas a las que debe devolver lo percibido e indemnizar los perjuicios y la cuantía final de todo ello.

En nuestra opinión, la asociación demandante no puede instar en nombre propio la ejecución de la sentencia que condene al pago de una indemnización cuando la sentencia efectúe la determinación individual de los consumidores y usuarios beneficiados de la condena, pues se trata de un ente interpuesto que no es el beneficiario de la indemnización. Por el contrario, cuando no sea posible esa individualización en sentencia, el párrafo segundo del art. 221.1-1ª LEC literalmente admite esa posibilidad al permitir instar la ejecución al consumidor o intervenir en ella cuando la ejecución sea instada por la asociación demandante. Esta última posibilidad no contradice lo anterior pues la ejecución puede instarla la asociación si la sentencia condenara al demandado a una prestación de hacer o no hacer, además del pago de la indemnización.

Tampoco se podrán sumar a la ejecución los que individualmente hubieren visto desestimadas sus demandas instadas a título particular o como interviniente en el proceso²⁹¹. La consecuencia deriva de la regla 3ª del art. 221.1 LEC que establece que si en el proceso se hubieren personado consumidores y usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones, y ese pronunciamiento obviamente puede ser favorable o adverso.

²⁹¹ En este sentido, CARRASCO PERERA A. y otros, *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*, Madrid 2002, p. 247.

No obstante, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, es criticable la posibilidad de que una vez dictada sentencia, en fase de ejecución, se puedan “*incorporar*” a dicha ejecución quienes no fueron parte en el juicio (art. 519 LEC) sin fijar limitaciones a esa facultad, pues el demandado al que se impone la condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica (art. 221.1 regla 1ª LEC) desconoce el alcance que pueda tener la condena al poderse “*incorporar*” las personas que no fueron parte en el proceso que pueden ser múltiples, quedando para el incidente de ejecución la individualización del número de personas acreedoras de la condena. Bien es cierto que en la sentencia en estos casos es obligado que consten los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago, como dice la norma, y lo que no permite la LEC es dejar para ejecución de sentencia la determinación del concreto daño o perjuicio sufrido (artículo 219 de la LEC). Con todo a nuestro juicio, al menos, debería establecerse un único incidente del proceso de ejecución en el que sería obligatorio acumular todas esas posibles “*incorporaciones*”, fijando al efecto un plazo prudencial para hacerlo a partir de la sentencia, y decidirse todas ellas en una sola resolución judicial, de tal forma que una vez firme la misma no fuera ya posible plantear un nuevo incidente, todo ello en base a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

También es criticable la excesiva amplitud concedida a la hora de fijar los efectos *ultra partes* de las sentencias (art. 221.1 regla 2ª LEC) que decida el tribunal, máxime cuando no parece que sea exigible que esos pronunciamientos se soliciten en el suplico de la demanda pues la norma no dice nada al respecto, con lo que el precepto confiere una facultad de oficio al tribunal al margen de lo pedido por las partes y con base en la ley, no en la congruencia exigible entre demanda y contestación y lo decidido en sentencia (art. 218 LEC).

Por otra parte, en los casos del art. 221.1 regla 2ª LEC, se refiere a efectos procesales no limitados a quienes hayan sido “*partes en el proceso*”, en plural, por lo que hay que entender que puede afectar tanto a sujetos en condiciones similares

al demandante/s como a sujetos en condiciones similares al demandado/s, es decir, a los que no siendo demandantes estén afectados por la conducta o actividad ilícita o no conforme a la ley (cuya declaración se pide, con posibilidad de exigir se indemnicen los daños producidos, en su caso), como a los que no siendo demandados practican esa misma conducta o actividad ilícita que podrían verse afectados por la sentencia.

La STS1ª de 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088), dictada en el famoso caso de las cláusulas suelo en las escrituras de crédito hipotecario de la banca, aborda esos efectos *ultra partes* de la sentencia como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el art. 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas. Por un lado, señala que la regla 2ª del art. 221.1 LEC trata de superar las fronteras subjetivas que fija el art. 222.3 LEC que limita la cosa juzgada a las partes del proceso. Por otro lado, destaca que la proyección *erga omnes* exige tener en cuenta que la Exposición de Motivos de la LEC, al tratar de la tutela de los intereses colectivos llevados al proceso, afirma que “*en cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora*”, lo que obliga a la parte actora solicitar en la demanda la eficacia *ultra partes* de la sentencia que se dicte, pues en otro caso la eficacia quedará limitada a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos.

Para el supuesto del art. 221.1 regla 2ª LEC, no se ha previsto un mecanismo para que las personas que no han sido parte en el pleito puedan beneficiarse o sufrir las consecuencias de la sentencia, una vez firme, en vía ejecutiva en términos parecidos a los establecidos en el citado art. 519 LEC, pues este precepto se aplica exclusivamente a las sentencias de condena que refiere la regla 1ª del art. 221.1, es decir, cuando se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica. Tampoco se ha previsto desde el prisma del demandado

un mecanismo dirigido a determinar a las personas que practican esa actividad o conducta ilícita o ilegal similar que en la sentencia se haya declarado ilegal, que pueden sufrir los efectos procesales de la sentencia sin haber sido parte en el proceso.

No obstante, ante la laguna legal habría que pensar en una aplicación analógica del mismo art. 519 LEC pues de alguna forma se ha de exigir al que no ha sido parte y pretende acogerse a los efectos de la sentencia que acredite que es a él a quien se han de extender esos efectos de la declaración ilícita o no conforme a la ley de una determinada actividad o conducta, bien desde el lado activo o pasivo. Otra interpretación dejaría tanto al beneficiario como al condenado por la sentencia en indefensión, proscrita por el art. 24 CE.

1.3. Aplicación de las especialidades a los procesos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación

La disposición adicional cuarta de la LCGC, añadida por la LEC 2000, equipara en lo procesal a consumidores y adherentes en procesos de acciones colectivas o individuales. También dispone que las referencias contenidas en la LEC a las asociaciones de consumidores y usuarios deberán considerarse aplicables igualmente, en los litigios en que se ejerciten acciones colectivas en base a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, a las demás personas y entes legitimados activamente para su ejercicio, las que señala el art. 16 LCGC.

Por consiguiente, lo establecido en los arts. 221 y 519 LEC será también de aplicación en procesos de acciones colectivas cuyas demandas no sean promovidas por asociaciones de consumidores y usuarios, sino por las restantes entidades que enumera el art. 16 LCGC. Como consecuencia de lo anterior, los arts. 221 y 519 LEC deben completar la parquedad del art. 12 LCGC sobre el contenido de la

sentencia en los casos en que se ejercita la acción colectiva de cesación y la accesoria de devolución de cantidades y petición de indemnizaciones.

De este modo, el art. 221.1 regla 2ª LEC puede ser aplicado en las acciones colectivas de la LCGC ya que el objetivo de éstas es eliminar del mercado el uso de condiciones generales nulas (acciones de cesación y retractación) y evitar que se sigan utilizando o recomendando su uso en lo sucesivo, es decir, estamos ante una conducta o actividad ilícita; o bien, que se declare que una cláusula contractual concreta debe ser considerada condición general de la contratación (acción declarativa).

A este respecto, tiene especial importancia el art. 221.1 regla 1ª LEC cuando se acumulen a la acción de cesación las acciones de devolución de cantidades e indemnizatoria de daños y perjuicios, como accesorias de la colectiva, en base a la que se reputa nula una concreta condición general (art. 12.2 LCGC), pues sólo en estos casos se pretenderá en el proceso una condena dineraria a la que hace referencia el precepto citado. Teniendo presente, en todo caso, que cuando se ejercita la acción colectiva de retractación o la declarativa, la LCGC no permite acumular como accesoria la de devolución de cantidades e indemnizatoria.

En los casos señalados, se produce un efecto procesal peculiar, ya que acciones que deberían corresponder en exclusiva a quienes se dicen afectados por la condición general nula sólo están legitimados para ejercitarlas los que pueden ejercitar la acción principal, la colectiva, de la que las otras acciones son accesorias. Con ello, es obligado poner en relación la Ley de Condiciones Generales de la Contratación con la Ley de Enjuiciamiento Civil: en concreto, los preceptos que permiten a sujetos que no han sido parte inicial en el proceso beneficiarse, por los cauces de la intervención o de la ejecución, de la tutela que se ha dispensado en la sentencia, y por esas vías se evitan tener que tramitar de manera previa y separada un proceso declarativo de condena.

La intervención de las personas que tienen derecho a la devolución de cantidades o a la indemnización de daños y perjuicios (que obviamente no son las entidades que ejercitan la acción colectiva de cesación, que no tienen relación contractual con el demandado), ha de hacerse en la forma prevista para las especialidades de la intervención, en cuyo caso, es decir, en caso de que intervengan en el proceso esas personas, que tendrán la consideración de parte, la sentencia viene obligada a pronunciarse sobre sus pretensiones (art.221.1 regla 3ª LEC).

Respecto a aquellas personas que no hayan intervenido durante el proceso iniciado por alguna de las entidades del art. 16 LCGC ejercitando la acción de cesación y acumulando como accesoria la pretensión de condena dineraria a la devolución de cantidades e indemnizatoria, el art. 221.1 regla 1ª LEC obliga a que la sentencia estimatoria determine individualmente las personas beneficiadas por la condena y la cuantía concreta de esta. Esa determinación individual permitirá instar la ejecución de la sentencia a la persona beneficiada determinada en la cantidad dineraria que para ella señale la sentencia. En el supuesto de que no fuera posible la determinación individual, la sentencia ha de establecer los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución una vez firme la sentencia en la forma antes referida, todo ello según establece el art. 221.1 regla 1ª párrafo segundo LEC y el art. 519 LEC.

Finalmente, el art. 221.1 regla 2ª LEC posibilita extender la declaración de ilegalidad o ilicitud hecha en sentencia de una determinada actividad o conducta a quienes no hayan sido partes en el proceso conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios. Por esa vía, cabría extender la obligación de eliminar las condiciones generales declaradas nulas de la acción de cesación o la obligación de abstenerse de utilizar esas mismas condiciones o de recomendarlas de la acción de retractación, a otros profesionales que estuvieran utilizando o recomendando utilizar condiciones iguales dentro del mismo sector. Si bien para este caso la LEC no contempla forma alguna específica de hacerlo, como dijimos, pues lo normado

en el art. 519 LEC únicamente se refiere a los casos de la regla 1ª del art. 221 LEC, por lo que habría que recurrir a la aplicación analógica de tal precepto, en su caso.

2. Especialidades en materia de recursos contra las sentencias.

Los recursos contra las sentencias que se dicten como resultado del ejercicio de acciones colectivas no tienen ninguna especialidad respecto de las demás sentencias. Las sentencias son, por tanto, apelables conforme a las reglas generales. La atribución de la competencia a los Juzgados de lo mercantil para conocer los procesos sobre acciones colectivas de condiciones generales de la contratación y acciones colectivas del TRLGDCU, produce la consecuencia de que la competencia funcional para el conocimiento de los recursos de apelación corresponda a las secciones especializadas de lo mercantil de las Audiencias Provinciales que han de resolver la apelación, en su caso. Tras la reforma del art. 82.2 -2º LOPJ por la LO 7/2015 de 21 de julio, esas secciones especializadas conocerán también de los recursos de apelación contra las sentencias que dicten los juzgados de primera instancia al resolver las acciones individuales de la LCGC.

Los recursos contra la sentencia de segunda instancia son los señalados en el art. 466 LEC, el cual regula el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, recursos ambos que no tienen especialidades particulares para los procesos que nos ocupan²⁹². Las sentencias que dicte el Tribunal Supremo al respecto tendrán la eficacia general de toda sentencia dictada por el alto tribunal conforme al art. 1.6 del Código Civil. Derogado el art. 18 nº 3 LCGC, que admitía

²⁹² La disposición final decimosexta de la LEC 2000 establece un régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios, en tanto no se confiera a los TSJ la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, modificando al efecto la LOPJ. En la actualidad los criterios de admisión de esos recursos los refleja el Acuerdo de 30 de Diciembre de 2011 de la Sala 1ª del TS, tras las reformas de la Ley 37/2011 de 10 de Octubre de Medidas de Agilización Procesal.

“*siempre*” el recurso de casación en las acciones de cesación, retractación o declarativa, y el art. 20 nº 4 LCGC, que atribuía efectos especiales a la sentencia dictada en el recurso de casación²⁹³, no existen ya esos efectos ni las especialidades consiguientes, por lo que procederá el recurso de casación sólo por los motivos del art. 477 en relación con la disposición final decimosexta LEC.

Los parámetros establecidos para la casación son los previstos con carácter general en la LEC, que a priori ninguna materia excluye del ámbito de la casación según indica la Exposición de Motivos, por ello las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en materia de condiciones generales de la contratación seguirán teniendo abiertas las puertas de este recurso, siempre que se cumplan los requisitos que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece, pues no existen peculiaridades ni especialidades en materia de condiciones generales de la contratación. Al tratarse de procesos por razón de la materia los relativos a condiciones generales de la contratación (art. 249.1 -5º LEC), sin atender a la cuantía (que exceda de 600.000.Euros²⁹⁴ para recurrir en casación), el acceso a la casación se vincula a la existencia de interés casacional que define el art. 477.3 LEC, mientras que el recurso extraordinario por infracción procesal solo se puede interponer de forma autónoma, sin formular recurso de casación, cuando la cuantía del proceso exceda de 600.000.Euros.

Sobre tal planteamiento, el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC) que en los procesos que comentamos son las contenidas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y Ley General

²⁹³ En concreto, el derogado art. 20.4 de la LCGC indicaba que la sentencia de casación “vinculará a todos los jueces en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo predisponente”.

²⁹⁴ La Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, elevó a 600.000.€ la cuantía para recurrir en casación al dar nueva redacción al art. 477.2-2º LEC.

para la Defensa de los Consumidores y Usuarios básicamente, siendo de gran relevancia en este punto, a nuestro entender, los artículos 85 a 90 TRLGDCU que dan carácter normativo a concretas cláusulas que califican de abusivas, con lo cual habilitaría el acceso a la casación la infracción de lo previsto en dichos preceptos.

Respecto al recurso extraordinario por infracción procesal, además de la infracción de cualquiera de las normas procesales de la LEC o de la LCGC, es de notar que algunas de las cláusulas abusivas de los citados artículos del TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en concreto las relativas a la inversión de la carga de la prueba (art.88.2) o el pacto de sumisión a tribunal distinto al que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuere inmueble (art.90.2), tienen un carácter eminentemente procesal por lo que su infracción podría dar lugar a interponer el recurso extraordinario por infracción procesal que está sujeto, en su regulación actual, a lo normado en la citada disposición final 16ª LEC 2000 que impide interponerlo en estos casos de forma independiente, es decir, sin formular a la vez recurso de casación²⁹⁵.

No obstante lo anterior, se ha de tener en cuenta que lo que se discute en las acciones colectivas de cesación y retractación es siempre, como premisa, la calificación de nula o abusiva de una determinada cláusula de un contrato con condiciones generales, tanto sea su contenido de orden procesal como sustantivo, y el pronunciamiento final sobre si ha de reputarse o considerarse nula una determinada cláusula es cuestión que puede decidirse en última instancia, en su caso, a través del recurso de casación.

²⁹⁵ La regla 2ª de la Disposición Final 16ª establece una excepción a esa regla general en los siguientes términos: “2.ª *Solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado segundo del artículo 477 de esta Ley* (redacción de la Ley 37/2011 de Medidas de Agilización Procesal).

3. Especialidades respecto a la publicidad de las sentencias.

Cuando hablamos de la publicidad de las sentencias nos referimos a dar a conocer su contenido a quienes no han sido parte en el proceso, pues obviamente las partes tienen que ser notificadas de la sentencia tal como ordena el art. 212 LEC. En los procesos sobre CGC, además de la notificación a las partes, el art. 21 LCGC se refiere a la *publicidad del fallo*, parte de la sentencia, al objeto de darlo a conocer al público en general. Esa publicidad se enmarca también en el objetivo de erradicar del mercado las cláusulas nulas o abusivas para que el general conocimiento evite su uso en la actualidad y en el futuro. En todo caso, se trata de una pretensión complementaria que debe ir unida a las otras pretensiones que determina el art. 12 LCGC, sin que pueda plantearse de forma autónoma. Esta facultad de publicación sin embargo no alcanza al profesional que resulta absuelto de la acción colectiva contra él ejercitada.

La Exposición de Motivos de la LCGC (apartado V) indica que el Capítulo V de la LCGC regula la publicidad de las sentencias destacando dos notas: por un lado, que la publicidad se limitará al fallo y a las cláusulas afectadas para no encarecer el proceso, y por otro lado, que la publicidad de las sentencias de cesación y retractación debe ordenarse por decisión judicial. También incluye en el mismo capítulo de la ley la necesaria inscripción de la sentencia en el Registro de CGC por mandamiento del Juez, todo lo cual se concreta en los arts. 21 y 22 del mismo texto legal. Estos preceptos establecen que una vez firme la sentencia *podrá* publicarse el fallo por decisión judicial, junto con el texto de la cláusula afectada, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) o en un periódico de los de mayor circulación en la Provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiera dictado la sentencia, salvo que el tribunal acuerde su publicación en ambos, con los gastos a

cargo del demandado y condenado, para lo cual se le dará un plazo de 15 días desde la notificación de la sentencia (art. 21 LCGC).

Este precepto plantea dudas interpretativas: si bien es un sistema específico de publicidad general y optativo y no obligatorio para el juez, no se aclara si puede ser acordado de oficio o está regido por el principio dispositivo (art. 216 LEC), de suerte que obliga al actor a pedirlo en la demanda, a lo que accederá o no el tribunal en la propia sentencia determinando su extensión (periódico oficial o privado o ambos) siempre limitado al fallo y texto de la condición general afectada, para no encarecer el proceso. La mención del plazo de 15 días desde la “*notificación de la sentencia*” parece que el precepto está pensando en la exigencia de petición de parte en la demanda como requisito necesario previo para que la sentencia se pronuncie al respecto. Pero si tenemos en cuenta que la publicación de la sentencia es una forma de potenciar la tutela prevista en la ley y completa y optimiza esa tutela, nada impide que se pueda decretar incluso de oficio, al no existir ningún precepto legal que lo prohíba. Es más, el art. 21 LCGC concede al Juez o Tribunal acordar la publicación tanto en prensa como en el BORME sin limitación, con lo que está en la misma línea del art. 221.2 LEC.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de 23 de octubre de 2012 (AC-1562) aborda este asunto indicando que el art. 21 LCGC, apartándose de otras legislaciones de nuestro entorno (como por ejemplo el art. 7 de la UKlaG alemana, que faculta al tribunal para restringir temporalmente la publicidad de la sentencia), “*no faculta al Juez para prescindir por completo de las dos posibilidades de publicación de la sentencia que en el mismo se contemplan, sino únicamente para elegir entre ellas o bien ordenar que la publicación se lleve a efecto en ambas modalidades*”. En el caso de la sentencia, el Juzgado opta únicamente por la publicación en prensa y no en el BORME, por entender que carece por completo de sentido la publicación en este último diario oficial al ser los destinatarios de las condiciones generales usuarios de cruceros turísticos. Además,

ordena la publicación de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación en base al art. 22 LCGC.

En el mismo sentido, la STS1ª de 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088), dictada en el caso de las cláusulas suelo en las escrituras de crédito hipotecario de la banca, ordena la publicación del fallo en un diario y señala que no aprecia “*utilidad real alguna de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil*”, apartado 297. Previamente (apartados 295 y 296), había indicado que la publicidad del fallo de la sentencia (que prohíbe la utilización de una determinada cláusula) que el art. 21 LCGC atribuye como facultad del tribunal, ha de ponerse no en relación con el eventual desprestigio del profesional o empresario a modo de pena de capirote, “*sino en función de la utilidad práctica de la difusión del contenido de la prohibición, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 22 LCGC*”. Finalmente, esta sentencia distingue entre la publicación del fallo y la publicación de la cláusula declarada nula que pueden ser objeto de pronunciamientos distintos, en concreto: en el caso de la sentencia, declara que no procede la publicación de las cláusulas cuya utilización se prohíbe (dada su licitud intrínseca), y por el contrario declara que procede la condena a la publicación del fallo de la sentencia.

No es el órgano judicial o el actor quien, en principio, ha de ocuparse de la publicación de la sentencia, sino el condenado. El art. 21 LCGC dice que “*se le dará un plazo de quince días*” desde la notificación de la sentencia para que lleve a cabo la publicación en los términos que señale la misma sentencia, y sólo si incumple el mandato sería exigible por la vía sustitutiva de ejecución. Cuando la publicación es a costa del demandado, ha de hacerse en la forma prevista en el citado art. 21, pero nada impediría que, asumiendo los costes, los demandantes le puedan dar algún tipo de publicidad diferente (p.ej. publicaciones de las Cámaras y Colegios profesionales, organización de consumidores, etc.).

Por su parte el número 2 del art. 221 LEC, apartado añadido por la Ley 39/2002 de 28 de octubre, dispone: "*2. En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.*"

La SAP Burgos (3ª) de 31 de julio de 2006 (AC 2007-108)²⁹⁶ deniega la aplicación de este precepto y señala las limitaciones del mismo en los siguientes términos: "*Igualmente, se solicita en la demanda, conforme al artículo 221 de la LEC, a efectos de dotar de la mayor difusión posible y de no perjudicar los derechos de defensa de ningún afectado, se condene a la demandada a la publicación total de la sentencia en el Boletín Oficial del Estado y en un periódico de difusión nacional, en este último caso con caracteres tipográficos que supongan un cuerpo o tamaño de letra superior a 10 en sistema informático Word, para lo cual se le dará un plazo de 15 días desde la notificación de la firmeza de la sentencia. Nada alega al respecto la parte demandada. La condena a que la sentencia sea publicada de forma "total" que solicita la demandante es una medida indemnizatoria que no está prevista en la LEC, ya que la posibilidad de publicación total o parcial y con cargo al demandado, que recoge el artículo 221.2 se refiere al supuesto de sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los difusos de los consumidores o usuarios, además, nada se concreta en la demanda sobre si es suficiente una sola publicación, o si serán necesarias varias para que el contenido de la sentencia pueda llegar a la mayor parte de afectados, o si debe hacerse cualquier día de la semana o algún día concreto en el que la tirada del periódico de difusión nacional sea mayor o en qué concreto periódico debe hacerse la publicación.*"

²⁹⁶ Sentencia confirmada por la STS1ª de 15 de julio de 2010 (RAJ-6049).

En todo caso, los posibles beneficiarios que reúnan los datos, características y requisitos necesarios fijados en esta resolución, solo podrán instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación de consumidores y usuarios demandante y lo deberán hacer en la forma y por el procedimiento previsto en el artículo 519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil“.

El art. 221.2 LEC es menos precisa que el art. 21 LCGC, ya que deja a la consideración del tribunal, "*si lo estima procedente*", lo relativo a la publicación de la sentencia, dónde se ha de publicar, si la misma ha de ser total o parcial e incluso prevé imponer al demandado "*una declaración rectificadora*" cuyo contenido también quedará al arbitrio del tribunal. Igualmente la redacción del precepto apunta más a la necesidad de solicitar la publicación de la sentencia en la demanda y justificar esa petición por parte del actor, que a un pronunciamiento de oficio por el tribunal, aunque el precepto no impida esa intervención de oficio.

Con todo la SAP Madrid (19ª) de 29 de marzo de 2006 (AC-954), expresa que los preceptos citados de la LEC y de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación no son contradictorios, pues el primero se aplica a la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios y no a las acciones colectivas de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, si bien las resoluciones que no apliquen el art. 221.2 LEC deberán ser debidamente motivadas. Afirmación que, a nuestro juicio, no tiene en cuenta lo que dispone la disposición adicional cuarta de la LCGC, añadida por la LEC (disposición final sexta), que hace posible la aplicación conjunta de los preceptos de la LCGC y de la LEC, como hemos comentado supra.

Este régimen legal se completa con el art. 707 LEC, precepto que se encuadra en la ejecución de las obligaciones de hacer que regula la LEC. Este artículo se refiere a la publicación de la sentencia en medios de comunicación, cuando así lo

acuerde el tribunal, e indica la forma en que se ha de proceder en estos casos diciendo:

«Cuando la sentencia ordene la publicación o difusión, total o parcial, de su contenido en medios de comunicación a costa de la parte vencida en el proceso, podrá despacharse la ejecución para obtener la efectividad de este pronunciamiento, requiriéndose por el Secretario judicial al ejecutado para que contrate los anuncios que resulten procedentes.»²⁹⁷.

Si el ejecutado no atendiera el requerimiento en el plazo que se le señale, podrá contratar la publicidad el ejecutante, previa obtención de los fondos precisos con cargo al patrimonio del ejecutado de acuerdo con lo que se dispone en el apartado 2 del artículo anterior.”

En definitiva, cuando el ejecutado no cumple lo que le ha ordenado el tribunal en materia de publicidad, lo que persigue esta norma básicamente es proveer al ejecutante de los fondos precisos para atender el coste de la publicación de la sentencia en los medios de comunicación, costes que pueden ser importantes.

4. Especialidades respecto a la inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación de las sentencias.

4.1. Introducción

El art. 11 LCGC ordena la creación del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que, de conformidad con el preámbulo de la Ley, tiene el carácter de un Registro jurídico más que administrativo, con voluntad de asimilarlo al

²⁹⁷ Redacción dada por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Registro de la Propiedad, como demuestra el uso de su misma terminología (inscripciones, anotaciones, certificaciones, etc.). La Ley ordena que la organización del Registro se desarrolle reglamentariamente, lo que se ha llevado a cabo por el Reglamento aprobado por R.D. 1828/1999 de 3 de Diciembre²⁹⁸.

De acuerdo con dicho Reglamento el Registro será servido por un Registrador de la Propiedad y Mercantil y tiene carácter público, bajo el control del Registrador, lo que da derecho a toda persona a conocer el contenido de sus asientos. Deberá existir un Registro de condiciones generales de la contratación al menos en la cabecera de cada Tribunal Superior de Justicia (disposición adicional tercera).

En cuanto a su *contenido*, podrán inscribirse en el Registro las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a la Ley, presentando al efecto para su depósito por duplicado los ejemplares, tipo o modelos en que se contengan, por las personas que la LCGC habilita para solicitar la inscripción. La inscripción podrá solicitarse por las personas que señala el art. 11 nº 8 LCGC, es decir, por el predisponente y por el adherente y los legitimados para ejercer la acción colectiva, si consta la autorización en tal sentido del predisponente, pues en otro caso se estará al resultado de la acción declarativa, o por resolución judicial²⁹⁹. Se autoriza al Gobierno para que pueda imponer la inscripción obligatoria en sectores específicos (art. 11.2 LCGC).

²⁹⁸ Las SSTS3ª (Sección 6ª) de 12 de Febrero de 2002 (RJA-3329), y la de la misma fecha y Sección (RJA-2562), anulan los artículos de dicho Reglamento siguientes: 2.1b; 2.1.c; 2.2.c; 5; 9.5; 15.2 párrafo primero; 17.1; 18; 19.2; 20.1; 20.3; 21; 22.2.c); 22.3; 22.4 y 24. Esto obligará a plantear de nuevo tal norma, por lo que todo lo que se indica seguidamente estará condicionado por lo resuelto por el TS.

²⁹⁹ Art. 11 nº 8. *La inscripción de las condiciones generales podrá solicitarse: a) Por el predisponente; b) Por el adherente y los legitimados para ejercer la acción colectiva, si consta la autorización en tal sentido del predisponente. En caso contrario, se estará al resultado de la acción declarativa; c) En caso de anotación de demanda o resolución judicial, en virtud del mismo mandamiento, que las incorporará.*

Llama la atención que la LCGC no atribuya ningún efecto específico al hecho de la inscripción, ni indica las consecuencias materiales que la inscripción pueda tener. El punto XII del preámbulo parece referirlo al tema competencial exclusivo del Estado al indicar que estamos ante la regulación de un “*Registro jurídico estatal*”. Las inscripciones en este Registro no vienen exigidas por la Directiva 93/13/CE, y la doctrina entiende que establecer un sistema facultativo de depósito o almacenamiento de condiciones generales es absolutamente inútil, costoso y meramente burocrático, sin utilidad contrastada³⁰⁰.

Los efectos que produce la inscripción se limitan a dos: uno jurídico, se inicia el plazo para la prescripción de las acciones colectivas en los términos que señala el art. 19 LCGC y matiza el art. 17 del Reglamento; otro extrajurídico, efecto de transparencia de la actividad que dará al tráfico jurídico del empresario que utiliza condiciones generales inscritas. Con todo el Registro parece más pensado para las asociaciones de consumidores y usuarios que para el consumidor, para que la publicidad sea la vía que permita conocer y ejercitar las acciones colectivas a esas asociaciones.

Destacar finalmente que la Ley no prevé la modificación de las condiciones generales una vez depositadas ni su posible cancelación; es el Reglamento en su art. 12 el que prevé una rectificación de los asientos, exigiendo los mismos requisitos que para el depósito.

4.2. Actos procesales inscribibles en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación

³⁰⁰ En este sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., “Una nueva necesidad [...]”, cit., ADC Tomo LI, Fascículo III, Julio-septiembre, 1998, pp. 1304-5, que califica de “burocracia de elefante” la que instaura el nuevo Registro. En igual línea, MIQUEL J.M., califica el Registro de en gran parte absurdo e inícuo, en “Comentario al art. 8” *Comentarios* [...], cit., dir. A. Menéndez y L. Díez-Picazo p. 436.

El art. 11 LCGC también determina los actos que pueden ser objeto de anotación preventiva y de inscripción obligatoria en el Registro. En primer lugar, por lo que respecta al *objeto* de la inscripción, se inscribirán las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones que regula la Ley. El Registro español es el único que publica o puede publicar sentencias recaídas en una acción individual, lo que no tiene mucho sentido, pues esas sentencias, como veremos, nunca podrán extenderse a contratos distintos de los que las motivaron. La inscripción no le añade nada a la sentencia, salvo el facilitar su conocimiento por terceras personas que no fueron parte del proceso.

Aunque la Ley sólo habla de sentencias estimatorias firmes de las acciones, serán igualmente inscribibles las sentencias desestimatorias dictadas en base a haber alegado la excepción de ser una cláusula abusiva o no incorporable al exigir al adherente el cumplimiento del contrato en una acción individual, pues en definitiva lo esencial es la publicidad de la cláusula nula. El Reglamento determinaba los efectos de la inscripción y publicidad de las sentencias en los arts. 17, 21 y 22 principalmente, pero tales preceptos han sido declarados nulos por las sentencias citadas de la Sala Tercera del TS, de la misma fecha 12-2-2002.

Otro hecho inscribible que señala el art. 11.4 LCGC, es la persistencia en el uso de cláusulas declaradas judicialmente nulas, lo que afectará a la imagen de la empresa al hacer público ese dato. Para ello se exige que se acredite al Registrador suficientemente ese hecho, y supone que la declaración judicial de nulidad haya de estar inscrita.

En último término, es posible efectuar en el Registro *Anotaciones* preventivas. Serán objeto de anotación preventiva, según dispone el art. 11.3 LCGC, la interposición de la demanda en el ejercicio de acciones individuales y colectivas y las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general. Las anotaciones requieren en todo caso mandamiento judicial

tanto para hacerlas constar como para cancelarlas (art. 11.8 c LCGC), tienen una duración inicial de cuatro años y pueden ser prorrogadas hasta la terminación del proceso en virtud de mandamiento judicial de prórroga (art. 11.3 LCGC).

Finalmente, el registrador en todo caso extenderá el asiento solicitado previa calificación de la concurrencia de los requisitos establecidos (art. 11.9 LCGC). Contra la actuación del Registrador podrán interponerse los recursos establecidos en la legislación hipotecaria (art. 11.10 LCGC), básicamente el recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Todo ello no deja de representar una muestra más de equiparación con los registros de la propiedad.

4.3. Especial consideración de la inscripción de las sentencias relativas a acciones colectivas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación

Sólo las sentencias dictadas en procesos de acciones colectivas aspiran a tener una eficacia de índole general y *erga omnes*, que puede necesitar de la difusión pública, mientras que las sentencias dictadas en procesos de acciones individuales no tienen, según la ley, más efectos que los tradicionales *inter partes*, y su única forma de publicidad prevista es la inscripción en el Registro de condiciones generales de la contratación como seguidamente se indica.

El art. 22 LCGC³⁰¹ se refiere a la obligatoriedad de inscribir la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, “*en todo caso*”, de prosperar

³⁰¹ La redacción actual del art. 22 LCGC fue dada por el art. 13º de la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. En su nueva redacción el precepto dice lo siguiente: «*En todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Secretario judicial dirigirá mandamiento al titular del*

una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, en virtud de mandamiento que el Secretario judicial dirigirá al titular del referido Registro para la inscripción de la sentencia en el mismo. Viene con ello a señalar lo que ya había establecido el art. 11.4 LCGC.

El mandamiento se dicta de oficio, obviamente una vez que la sentencia haya ganado firmeza, y presupone que la sentencia se pronuncie sobre condiciones generales que sean nulas, abusivas o ilegales, no cuando no entre a pronunciarse sobre esas cuestiones (p.ej. casos de no incorporación por desconocimiento o falta de firma).

Los efectos de la inscripción no los determina ningún precepto y solo permiten el conocimiento de las decisiones judiciales a las personas que accedan al registro. Que las inscripciones de las sentencias en el Registro de condiciones generales de la contratación faciliten el conocimiento de las mismas no significa que modifiquen su alcance, pues no se puede afirmar que las sentencias sobre condiciones generales de la contratación producen efectos inter partes y que la inscripción de las sentencias determinen su eficacia erga omnes³⁰².

Como algunos autores han señalado³⁰³, no se puede asignar tal eficacia *erga omnes*, entre otras razones, porque no hay tales “*omnes*” a quienes deba afectar la sentencia -ni particulares ni jueces- y porque la eficacia de las sentencias sobre condiciones generales de la contratación deriva de la Ley (Ley de Condiciones

Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.»

³⁰² Como afirma GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “La Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación” RCDI, 645, sept-octbr 1998, p. 1603, siguiendo lo que indica el apartado III de la exposición de motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que no se reflejó en norma concreta ni en el art. 11 de la LCGC.

³⁰³ PAU PEDRÓN, A., y CURIEL, F., “Comentario al art. 11 LCGC” *Comentarios a la Ley [...], cit.*, dir. A. Menéndez y L. Díez-Picazo, pp. 550 y ss.

Generales de la Contratación y LEC, básicamente) y no del Registro de condiciones generales de la contratación.

Por lo indicado, la función del Registro de condiciones generales de la contratación es únicamente facilitar el conocimiento de las sentencias dictadas en la materia, junto con "*posibilitar la coordinación de la actuación judicial, permitiendo que ésta sea uniforme y no se produzca una multiplicidad de procesos sobre la misma materia descoordinados y sin posibilidad de acumulación*", según señala la Exposición de Motivos (apartado III) de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación al resumir los objetivos *del Registro de condiciones generales de la contratación*. Como señalan algunos autores³⁰⁴, esta coordinación de la actuación judicial que expresa el párrafo de la exposición de motivos transcrito es, sin duda, el efecto más importante del Registro.

Este efecto se producirá con dos grados diferentes: uno de ellos, al predeterminar la nulidad de las cláusulas declarada en sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones colectivas previstas en la Ley; y el otro, al hacer que las resoluciones de los tribunales sobre condiciones generales sea más homogénea y coherente, al facilitar el Registro a los tribunales el conocimiento de las sentencias dictadas sobre la materia. Con todo parece claro que las sentencias estimatorias inscritas no pueden vincular a los tribunales que conozcan de procesos similares posteriores, pues para que existiera esa vinculación sería preciso la existencia de una norma legal expresa, que no existe, dejando aparte los efectos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su caso (art. 1.6 CC).

También permitirá el Registro el ejercicio de las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales y facilitará su ejercicio porque será más fácil el conocimiento de esas condiciones, aparte de determinar con precisión el momento de la prescripción que señala el art. 19 LCGC para el ejercicio

³⁰⁴ PAU PEDRÓN, A. y CURIEL, F., *Ibidem*, p. 564.

de las acciones colectivas sobre cláusulas con inscripción practicada, según antes hemos expresado al comentar tal precepto.

Finalmente, destacar lo que ordena el art. 84 TRLGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007) que prohíbe a los Notarios y Registradores de la Propiedad autorizar o inscribir aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Este precepto, además de dar efectividad a la sentencia inscrita, exige de dichos funcionarios una diligencia específica de conocer las cláusulas declaradas nulas por abusivas que hayan tenido acceso al mencionado registro. Con todo el control de esta prohibición puede ser problemático al no decir nada la norma al respecto, ya que si a pesar de la prohibición la cláusula tuviera acceso al Registro, al estar los asientos del registro bajo la salvaguardia de los tribunales de justicia (art. LH), solo esos tribunales pueden ordenar la cancelación de los asientos a través del correspondiente proceso contradictorio. Otra alternativa sería plantear el tema por la vía de la ejecución de la sentencia inscrita que declaró la nulidad, aunque esta vía solo la pueden utilizar las personas que hubieran sido parte en el proceso.

5. Ejecución de la sentencia que resuelve las acciones colectivas.

5.1. Consideraciones generales

En el ejercicio de las acciones colectivas de cesación y retractación la sentencia siempre debe pronunciarse previamente sobre el carácter de nulidad de la condición general cuya cesación se interesa o que se pide la retractación de su recomendación y esa consideración (*que se reputen o se consideren nulas* que dice el art.12 LCGC) es la que lleva a la consecuencia de la cesación o retractación. Con

lo cual se daría la peculiaridad de que la “*reputación de nulidad*” (auténtica declaración de nulidad) de la cláusula, cuando se ejercita la acción de cesación, lleva consigo la obligación de hacer de eliminarla (art. 12.2 LCGC) que sí sería provisionalmente ejecutable, mientras la retractación propiamente dicha que obliga al demandado a emitir una declaración de voluntad, es decir, retractarse de la recomendación, no podrá ser provisionalmente ejecutable (art. 525.1-2ª LEC)³⁰⁵ y se deberá esperar hasta la ejecución definitiva.

En principio no existen para las partes del proceso especialidades referidas a la sentencia que resuelve las acciones colectivas, por lo que es susceptible de ejecución provisional o definitiva por las partes en iguales términos que los previstos con carácter general en la Ley procesal. Sin embargo, cuando a la acción principal de cesación se haya acumulado como accesoria la de devolución de cantidades y/o la indemnización de daños nos podemos encontrar en el caso de que esas personas hayan sido parte en el pleito a través de la intervención, o por el contrario no hayan intervenido pero sean beneficiarios de la acción accesoria por lo indicado en la propia sentencia. Los que hayan intervenido tienen acceso directo a la ejecución en cuanto parte del proceso (art. 13 LEC) y en función de los pronunciamientos que le afecten, mientras que los que no han sido parte en el proceso han de seguir los trámites del incidente del art. 519 LEC, salvo que la sentencia determine individualmente los consumidores y usuarios que han de entenderse beneficiados por la condena (art. 221.1 -1ª LEC) en cuyo caso esos beneficiarios individualizados pueden pedir su ejecución directa acreditando su condición.

Determinado el contenido de la sentencia estimatoria en los procesos que resuelven las acciones colectivas (art. 12 LCGC), la ejecución no tiene otras

³⁰⁵ Art. 525. Sentencias no provisionalmente ejecutables. 1. *No serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional: 2ª Las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad.*

especialidades que las expresadas del art. 519 LEC relativas a las sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios que den lugar a una condena de las que menciona la regla 1ª del art. 221.1 LEC (caso de que a la acción de cesación se haya acumulado la accesoria referida). Así mismo, no se establecen especialidades en materia de oposición a la ejecución tanto provisional como definitiva, por lo que serán de aplicación, en su caso, las causas limitadas de oposición que establecen los artículos 528 y 556 LEC y también la forma de sustanciarse esa oposición (arts. 529 y 559 LEC y concordantes).

5.2. Sentencias en procesos en que están personados consumidores y usuarios concretos y determinados

Si en el proceso promovido por asociaciones de consumidores o usuarios se hubieran personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones (art. 221.1 regla 3ª LEC). En el caso de que se hubiera acumulado la acción accesoria de indemnización colectiva o, mejor, de petición colectiva de indemnizaciones individuales, pueden darse dos situaciones a la hora de ejecutar la sentencia:

a) Que los perjudicados hubieran intervenido en el proceso de conformidad con las facultades que al efecto establece la Ley procesal, en cuyo caso, al tener la condición de parte, nada impide que insten la ejecución de la sentencia en lo que les sea favorable. Situación similar se dará si la sentencia hubiera efectuado la determinación individual de los consumidores y usuarios a quienes ha de beneficiar la condena.

b) Que los posibles perjudicados no hubieran intervenido ni hubieran sido individualizados en algún momento anterior del proceso en los términos que se establecen en la Ley de Enjuiciamiento Civil. De conformidad con el art. 221.1

regla 1ª LEC, en el supuesto de que los posibles perjudicados no hubieran intervenido ni hubieran sido individualizados, por no ser posible, en algún momento anterior del proceso, si se hubiera pretendido una condena dineraria, la sentencia estimatoria establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

De lo anterior deriva que, tras el ejercicio colectivo de la pretensión pecuniaria, genérica o especificada a lo largo del proceso, el pronunciamiento del tribunal concretará las personas individualmente afectadas o, cuando no sea posible, establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago de la condena dineraria. En este segundo caso, tendrían que instar la ejecución en los términos que señala el art. 519 LEC, o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante, pero todo ello a partir de que la sentencia ganara firmeza.

5.3. El incidente declarativo del art. 519 de la LEC

Ante la necesidad de tutela de intereses supraindividuales, el legislador otorga una solución para que se pueda dar la debida tutela a los consumidores y usuarios desde el punto de vista procesal, sin que tengan que iniciar un proceso nuevo, a través de las acciones colectivas. Ahora bien, las entidades que ejercitan esas acciones no son las destinatarias de los efectos económicos que para los consumidores se derivan de la sentencia, sino que los beneficiarios son los propios consumidores que la propia sentencia individualice en la sentencia o señale por referencia a unos caracteres determinados en la misma, los cuales pueden haber estado presentes en el proceso o no hayan intervenido en el mismo, como se ha señalado.

Para el caso de que los consumidores no hayan intervenido en el proceso, el art. 519 LEC regula un incidente declarativo en ejecución de sentencia, de las que den lugar a una condena de las que menciona la regla 1ª del art. 221.1 LEC, en virtud del cual los que no han sido parte en el proceso pretenden ser declarados beneficiarios de la condena ya recaída, sobre la base de los presupuestos establecidos para ello en la propia sentencia que se ejecuta. El único límite del incidente es que a través del mismo se pretenda modificar esos presupuestos de la sentencia pues, como ya hemos señalado, lo que no permite la LEC es dejar para ejecución de sentencia la determinación del concreto daño o perjuicio sufrido (artículo 219 de la LEC).

Al no señalar el precepto plazo alguno para formular el incidente, habrá que aplicar lo normado en el art. 518 LEC que establece el plazo de caducidad de cinco años para el ejercicio de la acción ejecutiva, es decir, estará abierta la posibilidad de instar el incidente mientras esté vigente la acción ejecutiva de la sentencia. El cómputo de los cinco años se hace desde que la sentencia ganó firmeza, con lo que si se presenta el incidente transcurrido el plazo de cinco años la caducidad de la acción ejecutiva impide su tramitación.

La norma exige solicitud de *uno o varios interesados*, con lo que estamos ante una legitimación a título individual aunque nada impide que puedan personarse como grupo de afectados en los términos que señala el art. 6.1-7º en relación con el art. 11 LEC. La solicitud para ser reconocido beneficiario de la sentencia debe justificar o acreditar que el solicitante cumple los requisitos que con carácter general establece la sentencia, lo que el art. 221.1 regla 1ª denomina “*datos, características y requisitos necesarios para exigir el pago*”, que al efecto aportará con la solicitud o propondrá en la misma la prueba pertinente. El solicitante deberá comparecer representado por procurador y asistido de abogado al no estar el incidente entre los procedimientos en los que no se exige representación o defensa técnica (arts. 23 y 31 LEC).

Es competente para conocer de este incidente el tribunal de la ejecución de la sentencia, que será el que ha conocido del pleito en primera instancia, salvo disposición legal en contrario (arts. 61 y 545.1 LEC) y, en su tramitación, debe respetarse el principio de contradicción, en cuanto el precepto impone que se ha de dar audiencia al condenado para que manifieste lo que convenga en relación con la petición formulada de los solicitantes como beneficiarios de la condena. No indica el precepto el plazo que se ha de dar al condenado en sentencia para que conteste a la pretensión, entendemos que al tratarse de un incidente, en base a lo normado en el art. 388 LEC en relación con el art. 393.3 LEC, el plazo para contestar será de cinco días.

La audiencia al condenado debe ser entendida en términos amplios, de tal forma que se permita a ambas partes no sólo formular alegaciones sino proponer y practicar las pruebas que consideren necesarias para la mejor defensa de sus derechos, todo ello pese a la parquedad de trámites del caso que hace el citado art. 519. La práctica de las pruebas, en su caso, se llevará a cabo con la debida contradicción y en vista pública señalada al efecto (arts. 289 y siguientes en relación con los arts. 182 y siguientes LEC). Las razones de lo anterior serían las propias exigencias del art. 24 de la CE sobre el derecho de defensa (que proscribe la indefensión) y porque no es admisible entender un derecho de audiencia con limitaciones en un caso de tanta transcendencia, la audiencia es plena o no es audiencia pues estamos ante un derecho esencial del proceso.

Se pone fin al incidente por medio de Auto, y con testimonio del mismo puede instarse la ejecución si es favorable a la pretensión del que ha promovido el incidente. Con todo, el Auto que se dicte es recurrible en apelación, en base a lo que dispone el art. 455.1 LEC, ya que es de carácter definitivo y tiene un claro contenido de declaración de derechos o denegación de los mismos. Sin perjuicio de la posibilidad de su ejecución provisional, en caso de recurso, pues si el auto reconoce el derecho estamos hablando de una sentencia de condena dineraria, de hacer o no

hacer (art. 221.1 regla 1ª LEC) que no está entre las resoluciones no ejecutables provisionalmente del art. 525 de la LEC.

En caso de que no se presentase ningún beneficiario, sería inejecutable la condena contenida en la sentencia; o incluso podría ocurrir que se presentasen transcurridos más de cinco años desde que ganó firmeza la citada sentencia, pues la acción ejecutiva en ese caso habría caducado por disponerlo así el art. 518 LEC, antes referido.

5.4. Momento procesal para promover el incidente

El momento procesal en el que puede reconocerse la condición de beneficiarios directos de la sentencia, en los supuestos de indeterminación de afectados que no han sido traídos inicialmente al proceso o no se han personado cuando fueron llamados a efectos de intervención en el mismo, será cuando la sentencia haya ganado firmeza. La firmeza de la sentencia es condición necesaria, pues en la Ley procesal solo se legitima para la ejecución provisional a “*quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena*” (art. 526 LEC). No está prevista para los casos del art. 519 LEC (precepto que se incluye en el Título I del Libro III, entre los títulos ejecutivos), en los que quien solicita el incidente no ha sido parte en el proceso y necesita que se le reconozca su derecho en el incidente que solo puede derivar de la sentencia firme.

Existe una evidente indeterminación en el transcurso del tiempo que media desde que fue dictada la sentencia hasta que adquiere firmeza, en los supuestos de recurso, justificada por la incertidumbre jurídica de la confirmación o no de la sentencia y porque la indeterminación de consumidores y usuarios individuales, beneficiados posibles en base a la sentencia no firme, imposibilita en ese momento

la ejecución provisional de la misma. La ley procesal no ha dispuesto nada al respecto.

El tema ha sido abordado por el AAP Madrid (11ª), de 11 de marzo de 2004 (AC-1531), que distingue, por una parte, las personas afectadas que han ejercitado la facultad de personación en cualquier momento anterior a dictarse la sentencia, a las que se le reconoce su derecho en la sentencia dictada y tienen la condición de parte del proceso; y por otra parte, las que no han ejercitado esa facultad de personación, que tienen un tratamiento distinto pues se exige que la sentencia haya ganado firmeza para poder beneficiarse de lo que la misma dispone y así lo expresa el auto: *"para obtener la condición de beneficiarios es necesario que la sentencia adquiera firmeza, instando su reconocimiento y ejecución al amparo de los artículos 517, 519, 538 y ss de la LEC"*.

Ante la falta del requisito de firmeza de la sentencia, el mismo auto deniega la posibilidad de solicitar la ejecución provisional de la sentencia en los supuestos del art. 519 de la LEC, pues la no firmeza de la sentencia impide cualquier otra alternativa, máxime, como recuerda el propio Auto, cuando la Ley en el ejercicio de *"acciones colectivas distingue perfectamente los supuestos de legitimación, personación y reconocimiento de efectos a los perjudicados o beneficiarios, en el momento procesal oportuno"*.

5.5. Ejecución de condenas de no hacer

La sentencia puede llevar unida la condena al predisponente de abstenerse de utilizar las condiciones generales nulas o abstenerse de recomendarlas en lo sucesivo, que queda subsumida en la pretensión de cesación o retractación, con las alternativas que recoge el art. 710 LEC para las condenas de no hacer que se quebranten. Este art. 710 LEC, bajo la rúbrica de *"condenas de no hacer"*, establece

dos supuestos: el primero de los supuestos, establece que si el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, se le requerirá, a instancia del ejecutante, para que deshaga lo mal hecho si fuere posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso, se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con el apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial.

La Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, dio la redacción actual al art. 710.1 LEC y atribuye al Secretario judicial, a instancia del ejecutante, la formulación del requerimiento así como la intimación por el incumplimiento. La actual redacción del art. 710.1 es la siguiente: *«1. Si el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, se le requerirá, a instancia del ejecutante por parte del Secretario judicial responsable de la ejecución, para que deshaga lo mal hecho si fuere posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso, se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial. Se procederá de esta forma cuantas veces incumpla la condena y para que deshaga lo mal hecho se le intimará por el Secretario judicial con la imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo.»*

Lo más interesante para el tema que nos ocupa es que el requerimiento del tribunal se realizará *“cuantas veces incumpla la condena y para que deshaga lo mal hecho se le intimará con la imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo”*. La cuantía de la multa en este caso será aplicando lo normado en el art. 711.1 LEC con carácter general en estos casos para la ejecución de sentencias. Con ello, por un lado, se admite la posibilidad de reiterar la ejecución si el ejecutado incumple varias veces la obligación impuesta en sentencia y, por otro lado, se concede amplia discreción al órgano jurisdiccional para imponer multas al ejecutado en función del retraso en cumplir dicha obligación (art. 710.1 LEC).

La reforma de la Ley 13/2009 atribuye de forma clara al Secretario judicial la imposición de la multa y consiguiente determinación de su cuantía y para ello da nueva redacción también al art. 711.1 LEC y suprime la expresión “*el Tribunal mediante providencia*” de la redacción anterior, con lo cual la nueva redacción es la siguiente: «*1. Para determinar la cuantía de las multas previstas en los artículos anteriores se tendrá en cuenta el precio o la contraprestación del hacer personalísimo establecidos en el título ejecutivo y, si no constaran en él o se tratara de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas.*»

El segundo de los supuestos, se contempla en el art. 710.2 LEC para el caso de que, por la naturaleza de la condena de no hacer, el incumplimiento de la sentencia no fuera susceptible de reiteración y tampoco fuera posible deshacer lo mal hecho, este apartado del precepto establece que la ejecución procederá para resarcir al ejecutante de los daños y perjuicios que se le hayan causado, perjuicios que habrán de ser acreditados como es necesario en estos supuestos de ejecución.

En el caso de procesos de acciones colectivas de la LCGC, la obligación de abstenerse el predisponente de utilizar condiciones generales es claro que puede reiterarse y con ello, caso de incumplirse, aplicar la indemnización de daños señalada en el primero de los supuestos expresados en el art. 710.1 LEC.

5.6. Otras especialidades de la ejecución

En la ejecución de sentencias que decidan los procesos en que ejercitan las acciones colectivas de cesación, retractación o declarativa a lo anteriormente expresado se han de tener en consideración las siguientes especialidades:

a) Las especialidades del art. 711.2 LEC relativo a la sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, que determina la cuantía de las multas coercitivas por retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia. Dicha multa, según esa norma, oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros, por día de retraso en la ejecución, en función “*del daño producido y la capacidad económica del condenado*”, según se comenta seguidamente.

b) También se ha de tener en cuenta el art. 525.1 - 2ª LEC que ordena que no serán susceptibles de ejecución provisional las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad, que afectaría al caso de ejercicio de la acción de retractación cuando se imponga al demandado el deber de retractarse de la recomendación pública de condiciones nulas o se le condene a que manifieste públicamente su voluntad de no utilizarlas en el tráfico.

c) Cuando se ejercite la acción colectiva declarativa se ha de tener en consideración el art. 521.1 LEC, que dispone que no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas. Esa prohibición no afectará a los efectos que le reconoce el art. 12.4 LCGC, respecto al pronunciamiento de la sentencia que ordene la inscripción en el RCGC, en su caso, de la condición general de la contratación así declarada y la publicación de la propia sentencia, pronunciamiento que se llevará a efecto en la forma que ordenan los arts. 21 y 22 LCGC.

5.7. Ejecución de Sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios

La ejecución de las condenas de hacer personalísimo y de no hacer, se regula con nuevos criterios, a los que se refiere la Exposición de Motivos (último párrafo del apartado XVII) de la LEC 2000 diciendo: *esta Ley introduce los requerimientos*

y multas coercitivas dirigidas al cumplimiento de los deberes de hacer y no hacer y se aparta así considerablemente de la inmediata inclinación a la indemnización pecuniaria manifestada en la Ley de 1881. Algún autor destaca al respecto, que con los apremios personales y multas se busca la satisfacción *in natura*, colocando al ejecutado en una posición jurídico-económica que le resulte más rentable cumplir la sentencia que atenerse a las consecuencias de su incumplimiento³⁰⁶. Termina diciendo el mismo apartado de la Exposición de Motivos, que con ello busca, por un lado, “*el equilibrio entre el interés y la justicia de la ejecución en sus propios términos*”, y por otro lado, busca “*el respeto a la voluntad y el realismo de no empeñarse en lograr coactivamente prestaciones a las que son inherentes los rasgos personales del cumplimiento voluntario*”.

La multa coercitiva, dirigida al cumplimiento de los deberes de hacer y no hacer, trata de superar la inclinación de la LEC de 1881 a la indemnización pecuniaria a favor del ejecutante, pero sin empeñarse en “*lograr coactivamente prestaciones*” a las que son inherentes los rasgos personales del cumplimiento voluntario. En definitiva, será el ejecutado el que ha de elegir entre tener que soportar un coste económico superior (derivado del incumplimiento) o cumplir en sus propios términos lo ordenado en sentencia.

La Ley 39/2002 de 28 de octubre dio nueva redacción al art. 711 LEC y en su apartado 2 estableció una especialidad en materia de cuantía de las *multas coercitivas* en los casos en que existe sentencia firme estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. Esta misma Ley introdujo la acción de cesación en la LGDCU añadiendo a la misma el art. 10 ter, hoy art. 53 TRLGDCU, según comentamos en el capítulo IV anterior. Como consecuencia, el citado apartado 2 del

³⁰⁶ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley* [...], cit., p. 411.

art. 711 LEC se refiere a esa acción de cesación y tras la Ley 39/2002 tiene la siguiente redacción:

“2.- La sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios impondrá, sin embargo, una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Dicha multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público.”

La multa coercitiva para su aplicación requiere que estemos ante una sentencia firme, pues el precepto se ubica entre las normas de la ejecución definitiva. La sanción, determinada en la misma sentencia, puede ser impuesta de oficio por el tribunal o a instancia de parte, y se hará efectiva a instancia del ejecutante de la sentencia que denuncie la mora o retraso en el cumplimiento de lo ordenado en sentencia y, en su caso, acreditando la naturaleza e importancia del daño que el retraso haya producido.

El tribunal cuantificará la sanción en función de los baremos que el propio precepto establece: días de retraso en el plazo señalado para dar cumplimiento a lo resuelto en sentencia, capacidad económica del condenado y naturaleza e importancia del daño producido por el retraso. El destino de la multa coercitiva es el Tesoro Público lo que deja claro el carácter sancionador del precepto.

5.8. Ejecución de la sentencia en relación con el Registro de Condiciones Generales de la Contratación

Durante la tramitación del proceso pudo haberse solicitado (normalmente con la demanda, art. 730.1 LEC, como medida cautelar art. 727-5ª LEC), la anotación preventiva en el Registro de condiciones generales de la contratación de la interposición de la demanda, así como las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general. Tal como señala el art. 11.3 LCGC, esas circunstancias serán objeto de anotación preventiva en dicho registro y se verán afectadas por la resolución final de la litis. Las anotaciones preventivas tendrán una vigencia de cuatro años a contar desde su fecha, siendo prorrogable hasta la terminación del proceso en virtud de mandamiento judicial de prórroga, previa solicitud del ejecutante, como indica el mismo art. 11.3 LCGC.

Las sentencias firmes estimatorias de la acción serán objeto de inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación en virtud de mandamiento dictado por el tribunal competente dirigido al titular de dicho Registro, y servirá de título para tal inscripción la ejecutoria en que se recoja la referida sentencia (arts. 22 y 11.4 LCGC). La sentencia desestimatoria sólo producirá el efecto en vía ejecutiva de la cancelación de las anotaciones preventivas referidas, caso de que se hubiesen practicado, pero tal sentencia no podrá ser objeto de inscripción, pues el art. 11.4 LCGC sólo admite la inscripción de “*sentencias firmes estimatorias*”.

En definitiva, en función de lo resuelto en la sentencia firme que se dicta la ejecución llevará consigo bien la cancelación de las anotaciones preventivas bien la inscripción de los pronunciamientos de la sentencia sobre el carácter de abusiva o nula de una determinada cláusula o bien sobre su consideración de condición general de la contratación, en los casos en que proceda.

6. Eficacia de la sentencia y cosa juzgada.

6.1. Introducción

La expresión cosa juzgada se suele utilizar en dos acepciones, como recuerda De la Oliva³⁰⁷: una primera acepción, hace referencia al estado jurídico en que se encuentran algunos asuntos o cuestiones que han sido objeto de enjuiciamiento definitivo en un proceso, así se dice que “*ya hay cosa juzgada*” o “*eso es cosa juzgada*”, viniendo a ser el estado de un asunto litigioso cuando ha sido decidido por los órganos jurisdiccionales de forma definitiva e irrevocable. En su otra acepción, que es la más propia, es expresión que designa unos determinados efectos procesales derivados de ciertas resoluciones (normalmente sentencias firmes) sobre el objeto de un proceso o fondo del asunto.

Ambas acepciones han pasado a formar la distinción que recoge la Ley procesal de cosa juzgada formal y cosa juzgada material, haciendo referencia la primera a la firmeza de la resolución judicial, bien por no ser recurrible bien por haber agotado la vía de recursos prevista contra la misma (art. 207.2 LEC), firmeza que la hace adquirir o “*pasar en*” “*autoridad de cosa juzgada*” (art. 207 apartados 3 y 4 LEC); la cosa juzgada material, que presupone la formal, se vincula con el efecto de lo que fue objeto del proceso sobre otros procesos que se ventilen ante el mismo o distinto órgano judicial. Ambas tienen su base en el principio constitucional de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Sobre la regulación de la cosa juzgada, la Exposición de Motivos de la LEC (apartado IX) nos dice que ha rehuido lo que en ella sería doctrinarismo y se aparta “*de superadas concepciones de índole casi metajurídica y, conforme a la mejor técnica jurídica, entiende la cosa juzgada como un instituto esencialmente procesal dirigido a impedir la repetición indebida de litigios y a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente, la armonía de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos*”. Termina señalando que esa perspectiva la aleja “*de la idea de la presunción de verdad de la*

³⁰⁷ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Navarra 2005, p. 94.

tópica -santidad de la cosa juzgada- y de la confusión con los efectos jurídico-materiales de muchas sentencias”.

La cosa juzgada material³⁰⁸ es la vinculación que produce la parte dispositiva de una sentencia firme sobre el fondo de un proceso ulterior, ya excluyéndolo totalmente del conocimiento y decisión judicial (efecto o función negativa), cuando el objeto sea idéntico, ya vinculando al órgano del enjuiciamiento (efecto o función positiva) cuando lo resuelto en el proceso precedente constituye un antecedente lógico de lo que sea objeto de un proceso ulterior, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

El art. 222.1 LEC expresa ese efecto negativo de la cosa juzgada de la sentencia, una vez firme, diciendo que excluirá un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo y con independencia del resultado favorable o desfavorable del mismo (art. 222.1 LEC). Este es el efecto más característico de la sentencia desde el punto de vista procesal que el artículo 222 LEC regula bajo la rúbrica de cosa juzgada material. Al efecto positivo de la cosa juzgada se refiere el art. 222.4 LEC al decir que *“lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”*.

6.2. Requisitos para la aplicación de la cosa juzgada

³⁰⁸ La verdadera cosa juzgada, como la denomina MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional* II [...], cit., p. 365, para distinguirla de la cosa juzgada formal que hace referencia a la calidad de impugnación que alcanza una resolución judicial, es decir, hace referencia a la firmeza de la misma.

Los requisitos que han de concurrir para la eficacia de la cosa juzgada de la sentencia, han sido expuestos y ponderados con reiteración por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así de forma reiterada recuerda que *"en la doctrina, se ha destacado que la cosa juzgada material tiene la función negativa o excluyente, que responde al principio general del Derecho non bis in idem y evita la multiplicidad de procesos sobre el mismo objeto y alcanza su eficacia a las partes en el proceso en que se ha dictado la primera sentencia y va a dictarse la segunda, que deben ser los mismos (límite subjetivo), a la misma acción ejercitada en ambos procesos (límite objetivo) y sin alcanzar a hechos nuevos producidos tras el primer proceso, se da la preclusión para las partes de la alegación eficaz de hechos que no sean posteriores (límite temporal)"* (por todas, STS1ª de 8 de mayo de 2006, RAJ-2341). Esta preclusión para la alegación de hechos nuevos y distintos la recoge el art. 222.2 LEC.

Como establece la Jurisprudencia *"el juicio sobre la concurrencia o no de la cosa juzgada ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primer pleito y lo pretendido en el segundo," pues el efecto positivo de la cosa juzgada actúa en el sentido de no poder decidir en proceso posterior un concreto tema, cuestión o punto litigioso de manera contraria o distinta a como quedó resuelto o decidido en pleito contradictorio precedente"* (SSTS1ª de 15 de julio de 2004, RAJ-4690; y 5 de junio de 2014, RAJ-421). Indica así mismo la primera de estas dos sentencias que ha de existir entre ambos pleitos *"identidad de la causa de pedir que concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción"*³⁰⁹, o también, como indica la sentencia de 8 de mayo de 2006 (RAJ-2341), *"la causa de pedir viene integrada por el conjunto de hechos esenciales para el logro de la*

³⁰⁹ En el mismo sentido SSTS1ª de 25 de abril de 2005 (RAJ-3761); 13 de julio de 2006 (RAJ-4968); 16 de julio 2009 (RAJ-5492).

consecuencia jurídica pretendida por la parte actora o, dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión". Con todo la STS1ª 5 de junio de 2014 (RAJ-421) precisa (fdt. 3º) que “para que se produzca el efecto positivo de la cosa juzgada no tienen que concurrir entre los dos procesos las tres identidades que se reclaman para la eficacia negativa (límites subjetivo, objetivo y temporal, antes citados), pero si una cierta conexidad entre ellos. En nuestro sistema, el art. 222.4 LEC exige que el contenido de la primera resolución sea antecedente lógico del objeto del segundo proceso y que los litigantes de ambos sean los mismos o que la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”.

También se ha cuestionado la eficacia de la cosa juzgada respecto a los intervinientes en el proceso, partiendo del hecho evidente que la demanda inicial no se dirige contra ellos ni normalmente ellos formulan pretensiones concretas sobre las que ha de pronunciarse la sentencia, teniendo en cuenta además que en el momento en que formalizan su intervención puede haber precluido el momento procesal para alegar o aportar prueba (art. 13.2 y 3). En estos casos, el principio general debe ser la vinculación para el interviniente de los efectos de la sentencia, a no ser que en el segundo proceso pudiese justificar que dispone de medios de prueba nuevos que no pudo hacer valer debido a que cuando se incorporó al primer proceso ya había precluido el momento procesal para hacerlo³¹⁰.

6.3. Especialidades de la cosa juzgada en los procesos de condiciones generales de la contratación

En los procesos de acciones colectivas de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* la eficacia de la sentencia en relación con la cosa juzgada debe

³¹⁰ En este sentido, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “Intervención Adhesiva y Cosa Juzgada”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 10, Febrero 2013, p. 226.

ser examinada sobre la base de las peculiaridades de este tipo de procesos, en los que las personas legitimadas para el ejercicio de las acciones colectivas no son titulares de la relación contractual con condiciones generales cuya legalidad se cuestiona y, por otra parte, que en estos procesos pueden intervenir consumidores y usuarios que defienden sus intereses individuales tanto durante el proceso como en la ejecución de la sentencia dictada. También se ha de tener en consideración la extensión de los efectos de la cosa juzgada que, en los procesos que nos ocupan, trasciende a las partes del proceso (en la concepción clásica del hoy derogado art. 1252 CC) con la introducción de los efectos del art. 221.1-2ª LEC, que deja a discreción del tribunal la posibilidad de ampliar los efectos de la sentencia a quienes no hayan sido parte en el proceso, en la línea abierta por la doctrina más reciente³¹¹.

El art. 222 LEC, que trata de la cosa juzgada material, se refiere en su número 3 a las partes afectadas por ella diciendo: que la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley (relativo a la legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios). La íntima relación entre el art. 221, el art. 222.3 LEC y el art. 12.2 LCGC aparece clara y, en base a estos preceptos, la sentencia podrá determinar si el fallo ha de surtir efectos no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso produciendo efectos de cosa juzgada para quienes no hayan sido litigantes, con lo que se cierra el círculo del contenido de la sentencia estimatoria recaída en un proceso incoado en el

³¹¹ CARPI, F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*. Milano, Giuffrè, 1974, p. 80 y ss. DE LA OLIVA, A., *Sobre la cosa juzgada*, Madrid 1991; también en *Objeto del proceso y Cosa Juzgada*, Thomson-Civitas 2005; BOQUERA OLIVER, V., "Los límites subjetivos de la cosa juzgada material", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995, p. 143; BARONA VILAR, S., *Tutela Civil y penal de la publicidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; SILGUEIRO ESTAGNAN, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de grupos*, Madrid, Dykinson, 1995; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., "Intervención Adhesiva y Cosa Juzgada", Revista Aranzadi Doctrinal nº 10, Febrero 2013, pp. 213 a 234.

ejercicio de la acción colectiva, que puede tener eficacia sobre los contratos individuales.

Sobre esta cuestión, la SAP Sevilla (5ª) de 22 de enero de 2004, AC-406, en su fundamento primero, hace las siguientes consideraciones:

1.- En relación con la extensión de los efectos de la sentencia a consumidores no litigantes dice: *“la acción colectiva que reclama una serie de indemnizaciones para un conjunto de consumidores que no se encuentran personados en los autos plantea el problema de en qué modo les afecta la sentencia que se dicte. Es decir, si la misma sólo les repercute en lo que pueda favorecerles, pero no les impide plantear posteriormente una acción individual para mejorar el resultado de la misma, o si por el contrario han de estar a lo resuelto en la misma por producir para ellos efecto de cosa juzgada. Ésta es la solución que parece acoger la Ley de Enjuiciamiento Civil en el párrafo primero in fine de su art. 222.3 que expresamente señala que la cosa juzgada afectará a los sujetos no litigantes titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme al art. 11 de esta Ley, precepto que regula precisamente la legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios”*.

La sentencia transcrita recoge la regla general de que la sentencia que resuelve la acción colectiva que reclama indemnizaciones concretas para un conjunto de consumidores ha de producir plenos efectos de cosa juzgada para el conjunto de consumidores aunque no se encuentren personados en los autos.

2.- En relación con la extensión de los efectos de la sentencia a los sujetos no representados indica: *“si la sentencia puede afectar a los sujetos no litigantes es obvio que cuando se pide el resarcimiento de un colectivo de perjudicados de los que no se tiene representación resulta de vital importancia para la tutela judicial efectiva de dichos sujetos el cumplimiento de lo establecido en el artículo 15 de la*

Ley de Enjuiciamiento Civil sobre publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, de modo que al menos se les dé una real y efectiva oportunidad de intervenir en el proceso para hacer valer su derecho e interés individual y no tener que conformarse con las decisiones que se adopten en virtud exclusivamente de la acción planteada por una entidad legitimada.

Este segundo criterio supedita los efectos de la cosa juzgada a que se cumpla el requisito de publicidad el art. 15 LEC, que solo tiene la excepción que señala el número 5 del mismo precepto. Lo recoge así la sentencia que comentamos: *De tal obligación de publicidad sólo quedan exceptuadas las acciones de cesación, lo que es lógico puesto que las mismas vinculan solamente al empresario infractor y el efecto de la sentencia sobre los consumidores es meramente reflejo, no impidiéndoles posteriormente plantear acciones resarcitorias individuales. Pero si lo que se plantea es una acción resarcitoria colectiva, exclusivamente o en unión con una acción de cesación, la publicidad prescrita en el artículo 15 LEC constituye una garantía esencial del derecho a la tutela judicial efectiva de los perjudicados sin la cual no es posible dictar una resolución que les afecte“.*

La clave, según el criterio de la sentencia, que compartimos, la constituye el citado art. 222.3 LEC que después de expresar el principio general de que la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, dispone que también afecte *"a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el art. 11 de esta Ley"*, lo que justifica las previsiones de los arts. 221 y 519 LEC antes comentadas.

Con posterioridad, la cuestión del alcance de los efectos de la cosa juzgada cuando se trata del ejercicio de acciones colectivas ha sido abordada por la STS1ª de 17 de junio de 2010 (RAJ-5407), destaca la sentencia que en esta materia es

necesario, por una parte, garantizar el principio de estabilidad de las resoluciones judiciales y de seguridad jurídica, en que tiene su asiento esta institución, y por otra parte resulta evidente el propósito del legislador de que el reconocimiento de nuevas formas de legitimación para el ejercicio de estas acciones no suponga una restricción a la protección de los derechos de los consumidores. Por ello, concluye que si bien el llamamiento al proceso que prevé el art. 15 LEC para facilitar la intervención de los perjudicados por la conducta ilegal del profesional o predisponente, para que hagan valer su derecho o interés individual, podría bastar para extender los efectos de la cosa juzgada de la sentencia que se dicte a todos los perjudicados, sin embargo, entiende, que ello debe quedar restringido a los casos en que la sentencia determine que, conforme a la legislación de protección de los consumidores y usuarios, la declaración de ilicitud o no conforme a la Ley de una determinada actividad o conducta, ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondientes, pues solo así tiene sentido la previsión del art. 221.1 reglas 1ª y 2ª LEC. En definitiva, la sentencia dictada no produce efectos de cosa juzgada respecto a los usuarios no incluidos en la demanda cuando la misma no contiene pronunciamiento alguno en el sentido de que la declaración de nulidad ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

6.4. Eficacia de la sentencia sobre los contratos individuales

El art. 3.1 del CC exige, además de una interpretación literal de las leyes, tener en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y atender fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, lo que impone atender las modificaciones que la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* establece respecto a nuestro sistema contractual clásico, y esta ley estableció una clara separación entre acciones individuales y colectivas, de tal forma que, en su

redacción inicial, las sentencias dictadas por acciones colectivas no repercuten sobre los contratos particulares.

Con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la nueva redacción que da al art. 12 LCGC, lo que se persigue es precisamente lo contrario, esto es, que el ejercicio de las acciones colectivas y las sentencias que las estimen tengan una clara repercusión en los contratos individuales, al permitir la acumulación a la acción de cesación, como accesorio, la de devolución de cantidades que se hubieren percibido en base a la condición general a que afecte la sentencia, y la de indemnización de daños y perjuicios causados por aplicación de dicha condición general. Por lo tanto, cuando se acumule esa acción accesorio la sentencia se ha de pronunciar al respecto y afectará a los contratos individuales tanto en lo que afecte al predisponente, parte demandada en el proceso, como al adherente en cuanto se beneficie de la sentencia que le reconozca el derecho de devolución de cantidades o el de ser indemnizado.

Otras normas de la vigente Ley procesal refuerzan ese criterio, como el art. 221.1 regla 1ª, el cual impone a la sentencia determinar individualmente los consumidores y usuarios que han de entenderse beneficiados por la condena, los cuales, una vez determinados, podrán instar la ejecución de la sentencia. Cuando no sea posible esa determinación individual, la sentencia establecerá los datos necesarios para poder exigir el pago y se ejecutará como prevé el art. 519 LEC, según se ha indicado.

Ahora bien, se ha de observar lo normado en el art. 209-4ª LEC que impide que la sentencia reserve la cantidad objeto de condena a la ejecución, salvo que se fijen las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma tal que ésta consista en una mera operación matemática (art. 219.1 LEC), con lo que lo normado en el art. 221.1- 1ª y art. 519 LEC guardan relación con estos mandatos.

7. Compatibilidad de las sanciones en vía administrativa y lo decidido en sentencia de acciones colectivas.

El régimen administrativo sancionador, regulado en el art. 24 LCGC, fija una multa del tanto al duplo de la cuantía de cada contrato, en los términos que reglamentariamente se fijen, en los casos de falta de inscripción de condiciones generales cuando sea obligatoria o persistencia en la utilización o recomendación de condiciones generales respecto de las que ha prosperado una acción de cesación o retractación. La competencia para sancionar se atribuye a la Administración del Estado a través del Ministerio de Justicia, que impondrá las sanciones en función del volumen de contratación, del número de personas afectadas y del tiempo transcurrido desde su utilización, todo ello siguiendo los trámites del procedimiento administrativo sancionador (arts. 68 y siguientes LRJAPPAC, Ley 30/1992 de 26 de noviembre, modificada por Ley 15/2014 de 16 de septiembre). De este régimen sancionador se excluyen las sanciones derivadas de la infracción de la normativa sobre consumidores y usuarios que se regirá por su legislación específica (arts. 49 y siguientes del TRLGDCU).

Del citado precepto de la LCGC resulta un efecto a posteriori de la sentencia, pues una vez inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación la resolución firme que estima la acción colectiva que declara la nulidad de una concreta cláusula (arts. 22 y 11.4 LCGC), la persistencia en la utilización o recomendación de esas cláusulas nulas habilita a la Administración, bien de oficio o a instancia de parte, para aplicar el régimen sancionador del referido art. 24 LCGC.

En el art. 24 LCGC no se establece que el sujeto pasivo tenga que ser la persona o entidad demandada en el proceso en que se declaró la nulidad de la cláusula. Lo que es objeto de sanción es *“la persistencia en la utilización o*

recomendación” de condiciones generales respecto de las que ha prosperado una acción de cesación o retractación. Por ello, entendemos que puede ser sujeto pasivo del régimen sancionador expresado cualquier persona o entidad que utilice o recomiende tales cláusulas nulas, cuya nulidad conste inscrita en el referido Registro. Con lo cual la publicidad del Registro servirá también para advertir al que pretenda utilizar o recomendar una cláusula nula inscrita que puede incurrir en las sanciones previstas en el art. 24 LCGC.

Se ha planteado el tema de si el régimen sancionador administrativo de carácter especial contemplado en el art. 24 LCGC³¹² y, en su caso, el que se establece en los arts. 46 a 52 TRLGDCU cuando se trate de contratos celebrados con consumidores, es compatible con los pronunciamientos de la sentencia que determina el art. 12 LCGC. Hablamos de compatibilidad, porque derivar los efectos de los pronunciamientos de la sentencia a un régimen administrativo sancionador “*exclusivamente*” -el del artículo 24 LCGC o el citado de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios- supone desvirtuar la esencia de toda resolución jurisdiccional, pues la Constitución (art. 117.3) atribuye al poder judicial juzgar y *ejecutar lo juzgado*.

En definitiva, la sanción administrativa viene a representar más bien un plus perfectamente compatible con que la sentencia tenga su propia ejecución en los tribunales, incluso con el sistema de multas previsto en los arts. 710 y 711 LEC para el caso de incumplimiento de las condenas de no hacer.

³¹² Básicamente, sanción de multa del tanto al doble de la cuantía de cada contrato en el que se persista en la utilización de condiciones generales sobre las que ha prosperado una acción de cesación o retractación o en la falta de inscripción de las mismas. Sanción a imponer por el Ministerio de Justicia en la forma que reglamentariamente se determine.

CAPÍTULO NOVENO

LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: ESPECIALIDADES PROCESALES.

1. La tutela jurisdiccional individual.

El objetivo específico de toda ley de condiciones generales es la regulación de las acciones colectivas, como ya adelantaba la memoria justificativa del Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación remitido por el Gobierno a las Cortes³¹³. Sin embargo, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación se ocupa también de la acción individual, que es una acción de frecuente utilización en los procesos en materia de condiciones generales.

El control de las condiciones generales de la contratación en esta vía también es de carácter judicial según establece la Ley que las regula y se articula, al igual que en las acciones colectivas, por normas específicas de carácter sustantivo que han de ser observadas por el tribunal al valorar el carácter abusivo o nulo de las condiciones generales, y determinadas especialidades procesales que faciliten el ejercicio de la acción individual.

Sobre acciones individuales trata el art. 9 LCGC (ubicado dentro del capítulo II dedicado a la “*no incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales*”, bajo la rúbrica de “*régimen aplicable*”) que se ocupa de las acciones de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales. En realidad se trata de las acciones individuales, que podrán ser afirmadas por el

³¹³ Apartado 10 de la Memoria. Ver la Memoria íntegra que incluye como Anexo II la publicación citada de CABELLO DE LOS COBOS MANCHA, L.M., *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, pp. 141 a 186.

adherente, de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual. Con ellas, la Ley de condiciones generales establece un cauce procesal de control de las condiciones generales de la contratación en el proceso civil o, lo que es igual, la tutela judicial individual de un determinado adherente y un determinado contrato. Los términos que emplea el precepto (“*declaración judicial*”, “*sentencia*”, “*proceso*”, “*ejercicio de la acción*”) reflejan el carácter procesal de la norma, si bien en el precepto, como es habitual en dicho texto legal, se mezclan los contenidos procesales y sustantivos.

La tutela individual es importante, al menos desde el punto de vista cuantitativo indicado, ya que una gran parte de los casos sobre nulidad o no incorporación se suelen dirimir en procesos civiles individuales, bien por vía de acción o por vía de excepción o reconvención, al defenderse el adherente en los procesos incoados por el predisponente en su contra. Se deja el protagonismo a las acciones colectivas para defender el control abstracto de las condiciones generales, que se centran más en la figura del predisponente y su actuación en el mercado.

2. Tipos de acciones individuales.

Las acciones individuales que regula la Ley son de dos tipos, según se dirijan: a) a la *no incorporación* al contrato de las condiciones generales controvertidas, por las causas del art. 7 LCGC (casos en que la condición general en sí misma incurre en alguna de las circunstancias que dicho precepto señala) o bien porque no se dan los requisitos que el art. 5 de la misma LCGC establece, como exigencias de forma del contrato, para que se considere incorporado su texto; b) o se dirijan, por el contrario, a la *declaración de nulidad* de determinada cláusula de las condiciones generales, en base a los criterios de nulidad que determina el art. 8

LCGC o, en su caso, de acuerdo con las reglas generales del Código Civil reguladoras de la nulidad contractual.

La norma, que desarrolla la Directiva 93/13/CEE, en realidad no aporta nada nuevo al panorama de la protección jurisdiccional, ya que la tutela sería igual recurriendo a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Lo verdaderamente relevante, desde el punto de vista jurídico, es la posibilidad de revisión o control judicial del contenido de los contratos de adhesión a través de las acciones individuales ejercitadas por el adherente, sin perjuicio de las colectivas que se pudieran ejercitar, y la aplicación de criterios concretos y específicos establecidos en la Ley que ha de tener en cuenta el tribunal.

La Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación sólo nos dice que la nulidad podrá ser invocada, en su caso, por los contratantes, conforme a las reglas generales de la nulidad contractual, *“sin que puedan confundirse tales acciones individuales con las acciones colectivas”* reconocidas a las entidades o corporaciones que la ley señala. A partir de ahí, es evidente que, cuando los contenidos contractuales se conforman mediante condiciones generales, se hace preciso un *plus de control judicial* que se justifica porque la adhesión no puede equipararse en todos sus efectos a un consentimiento contractual.

3. Finalidad de la acción individual: obtener una declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales.

De conformidad con el art. 9.1 LCGC, la finalidad de la acción individual puede ser, por una parte, la no incorporación al contrato de una o varias concretas

cláusulas de CGC y, por otra parte, la nulidad de las cláusulas de un contrato determinado debidamente incorporadas. Para ambos supuestos, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación establece normas específicas, que el tribunal tiene que tener en consideración para dirimir el proceso.

Respecto a la nulidad, nos remitimos a lo ya manifestado al analizar el control jurisdiccional en el capítulo tercero, pues el art. 8.2 LCGC remite expresamente a lo normado para las condiciones generales abusivas en el art. 10 bis y Disposición Adicional Primera LGDCU (en la actualidad, arts. 82 a 90 del Texto Refundido de esta Ley aprobado por RDL 1/2007 de 16 de noviembre). La normativa de la LCGC protege al adherente, sea o no consumidor, mientras que el art. 83 TRLGDCU que declara la nulidad de las cláusulas abusivas protege al consumidor, sea o no adherente.

El art. 9.1 LCGC, en su último inciso, establece además que la nulidad puede ser instada por el adherente "*de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual*". En este caso la LCGC no distingue entre consumidores y no consumidores, al referirse solo al adherente, que es cualquier persona física o jurídica (art. 2.1 LCGC), o un profesional (art. 2.3 LCGC). La remisión a las reglas generales de nulidad contractual no se refiere sólo a las del art. 1300 y siguientes del CC. Hay que incluir también los supuestos de inexistencia, nulidad absoluta y anulabilidad, pero sin tener unos efectos tan drásticos como la jurisprudencia y doctrina han señalado respecto a los casos de nulidad y anulabilidad, y así habrá que admitir una nulidad de pleno derecho absoluta y otra relativa que queda a voluntad del adherente instarla o no.

Esto se ajusta más a la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, que atribuye exclusivamente al adherente (art. 9.1 LCGC), la posibilidad de instar la nulidad de pleno derecho de cláusulas del contrato de condiciones generales (en los términos de nulidad que señala el art. 8 LCGC). Con ello se establece una excepción

al criterio de que la nulidad de pleno derecho pueda ser invocada o pretendida por cualquier interesado o incluso apreciada de oficio por el Juez, tal como señala la STS1ª de 18 de junio de 2002 (RAJ-5224) respecto a la nulidad *contra legem*.

La nulidad de una cláusula que contradiga lo normado en un precepto legal, podrá ser apreciada de oficio por el Juez y en base a ello desestimar la demanda, sin incurrir en incongruencia ni falta de contradicción, no tanto como resultado de calificar la nulidad como de pleno derecho, sino derivada del hecho de que el vicio de nulidad sea patente y manifiesto sin necesidad de aportar prueba concreta sujeta a valoración judicial (por ejemplo, cláusula ilegible -art. 7.b LCGC- o que contraviene norma prohibitiva -arts. 82 a 90 TRLGDCU- cláusulas de la *lista negra*). En esos casos el Juez podrá y deberá decretar esa nulidad por aplicación del principio *iura novit curia*.

Por el contrario, si la causa de nulidad precisa de la valoración judicial, a través de la prueba aportada, para declararla en el caso concreto (por ejemplo, cláusulas abusivas no incluidas en la *lista negra*, es decir, las de la *lista gris*) entonces la decisión judicial debe producirse con las garantías básicas del proceso civil (audiencia y contradicción), dando a las partes la oportunidad de proposición y contradicción de prueba sobre los conceptos indeterminados de la cláusula.

3.1. Los criterios legales de incorporación al contrato

Seguidamente examinamos los criterios legales en materia de incorporación o no incorporación de una determinada cláusula/s en relación con contratos también concretos y determinados. Debemos adelantar que la Directiva 93/13/CEE carece de un apartado destinado a requisitos de “*incorporación*” de condiciones generales, aunque se refiere en distintos lugares a la transparencia y a la posibilidad y necesidad de conocimiento (art. 4.2 y 5).

Las normas o criterios de incorporación que vamos a comentar se basan en la *cognoscibilidad* (que protege la seguridad del tráfico) y la *comprensión* (que protege al adherente) de las condiciones generales predispuestas. Los criterios se regulan en el art. 5 LCGC, y tratan de determinar el momento en que las condiciones generales pasan a formar parte del contrato y, consiguientemente, a vincular a las partes. Sin cumplir esos criterios el tribunal no puede amparar la pretensión de exigibilidad de esas condiciones generales. El precepto ha sido objeto de revisión por la Ley 24/2001 de 27 de diciembre de *Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* (art. 99), que introduce un nuevo apartado 2 y corre la numeración de los restantes apartados, que se mantienen. Esta ley sienta los criterios para considerar que las condiciones generales han pasado a formar parte del contrato.

Estamos ante un claro control judicial del consentimiento contractual, tanto formal como material, o más bien formal (modo en que se expresa la aceptación en las distintas modalidades de contratación), pues el material se enmarca en lo dispuesto en el art. 5.5 LCGC cuando, *a sensu contrario*, excluye las cláusulas que no sean transparentes, claras y concretas. Son, más que requisitos de perfección del contrato, verdaderos presupuestos para que en un contrato cualquiera pueda estimarse que el acuerdo de las partes se integra con las condiciones generales predispuestas por una de ellas.

La finalidad de los criterios de incorporación es garantizar el consentimiento del adherente, pues sólo puede consentirse aquello que previamente se ha podido conocer. A través del *control judicial* de la incorporación de condiciones generales se busca definir las cláusulas que se integran en el contrato en función de que se acredite, a través de la pertinente prueba, su cognoscibilidad por el adherente. Ello determina que se entienda válidamente prestado el consentimiento por parte de dicho contratante.

No obstante se debe dejar claro, como señala la SAP Valencia (9ª) de 4 de abril de 2000 (AC-3942) que *no por ostentar dicha cualidad es inválida la cláusula sino que para tal efecto, y por ende como sanciona el texto legal no resulten incorporadas al contrato, han de ser abusivas, es decir, cuando contravengan las exigencias de la buena fe, implicando un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales a favor de la parte que incorpora tal condición al negocio contractual*. En el mismo sentido SSAP Madrid (11ª) de 4 de marzo de 2003, AC-1149, y Navarra (3ª) de 11 de abril de 2003, AC-1150³¹⁴. También la STS1ª de 9 de marzo de 2013 (RAJ 3088), recuerda, “*para evitar equívocos*”, que “*la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud y ... la calificación como contrato de adhesión no provoca por ello mismo su nulidad*”, citando varias sentencias del TS en el mismo sentido.

En el mismo sentido la sentencia del TJUE de fecha 14 de marzo de 2013 (TJCE-89), recuerda una vez más que el art. 3, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que el concepto de desequilibrio importante, en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables, a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista en el Derecho nacional vigente. Para comprobar si se causa desequilibrio “*pese a las exigencias de la buena fe*”, debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.

³¹⁴ El Anteproyecto de la Comisión General de Codificación *sobre modernización del derecho de obligaciones y contratos del Código Civil* (Boletín del Ministerio de Justicia Enero de 2009), sigue este mismo criterio, que se plasma en el artículo 1262.1, que establece: *Las cláusulas no negociadas individualmente serán nulas por abusivas cuando causen, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato*.

3.2. La aceptación del adherente de las condiciones generales

El art. 5.1 LCGC establece como primer criterio de incorporación la aceptación del adherente en los siguientes términos: *“Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas”*. Es decir, dos requisitos: el primero, aceptación de las condiciones generales por el adherente para su incorporación al contrato, firmando todos los contratantes el documento contractual; el segundo, en el documento contractual se hará referencia a las condiciones generales incorporadas.

Termina ese apartado del precepto señalando que no podrá entenderse que ha habido esa aceptación de incorporación cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de la existencia de las condiciones generales y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas. Todo ello es una obviedad, pues sin información y conocimiento es difícil que pueda existir aceptación, aunque habrá de ser objeto de prueba en el proceso en que se cuestiona la incorporación de condiciones generales³¹⁵. La prueba de la firma no ofrece dudas y sólo se cuestionará en los casos en que exista falsificación de la misma.

El problema puede surgir en casos en que existiendo firma se acredite que no ha habido información pues, como indica el precepto, el predisponente ha de informar expresamente al adherente acerca de la existencia de las condiciones generales y tiene que facilitarle un ejemplar de las mismas. En ese supuesto,

³¹⁵ La STS1ª de 9 de marzo de 2013 (RAJ-3088) señala que *“el conocimiento de una cláusula, sea o no condición general, es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes”*.

entendemos que ha de prevalecer la carencia de información, una vez probada, sobre el hecho de la firma de las condiciones generales, ya que la propia norma expresa que “*no existirá aceptación*”, y por lo tanto la firma no será suficiente, si no ha mediado la citada información³¹⁶.

El requisito del conocimiento por el adherente de las CGC no es nuevo, pues está vinculado a una institución plenamente arraigada, aunque de difícil interpretación, como es el *error obstativo*. Tal error hace referencia a la posibilidad de alegar falta de consentimiento cuando éste es consecuencia de falta de conocimiento, debido a un hecho o un acto que aparece como una declaración de voluntad sin serlo, porque no se quiso o porque faltaba el preciso conocimiento de lo que se declaraba. La LCGC habla de información al adherente por parte del predisponente, sin exigir el conocimiento que queda de responsabilidad del propio adherente, sin contemplar efectos jurídicos para el caso de que el adherente informado alegue desconocimiento de las condiciones generales de cuya existencia fuera debidamente informado.

En gran medida, el control de incorporación de las condiciones generales está vinculado con la idea del error obstativo. Sin embargo, no se ha buscado la compatibilidad entre las viejas teorías del error de conocimiento como vicio de la voluntad y las nuevas pautas sobre la incorporación de la LCGC, o más bien se ha dejado de lado, ya que las reglas de incorporación de este último texto legal ofrecen a primera vista una solución más clara y ventajosa para la seguridad del tráfico

³¹⁶ El Anteproyecto de la Comisión General de Codificación *sobre modernización del derecho de obligaciones y contratos del Código Civil* (Boletín del Ministerio de Justicia Enero de 2009), destaca la obligación del predisponente de facilitar el pleno conocimiento del adherente y su prevalencia sobre la firma y la plasma en el art. 1261.2 que tiene la siguiente redacción: 2. *Las condiciones generales quedarán incorporadas al contrato siempre que el predisponente haya adoptado, en tiempo oportuno, las medidas adecuadas para facilitar al adherente el pleno conocimiento de la identidad y contenido de las que estén destinadas a incorporarse al contrato, sin que baste la mera referencia a ellas en un documento aunque esté firmado por las partes.*

jurídico y, además, facilita el control judicial. Lo que ya se discute más es si el sistema de la LCGC resulta más ventajoso para el usuario o adherente o para el predisponente³¹⁷.

El legislador ha tenido que optar entre la protección de la seguridad jurídica derivada del contrato firmado y la protección de aquel adherente que no pudo formarse una adecuada representación mental sobre todo el clausulado predispuesto aceptado. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación camina por esta segunda vía de protección, utilizando varios controles en vía judicial (inclusión, contenido, etc.), incluso se da una clara duplicidad y parcial solapamiento de las normas, al regular las condiciones generales de la contratación, por un lado, y las cláusulas abusivas, por otro (arts. 5 y 7 LCGC, y art. 80 en relación con el art. 82 y siguientes del TR LGDCU), en términos parecidos pero no iguales, como luego veremos.

Con todo, el control de inclusión o incorporación es la principal novedad que se introduce respecto de esta modalidad contractual, ya que no se encontraba expresamente regulado en el Código Civil, aunque el error obstativo había sido objeto de interpretación integradora por parte de la doctrina³¹⁸ y la jurisprudencia con discrepancias en cuanto a sus efectos (nulidad o anulabilidad).

3.3. Requisitos de formulación de las cláusulas

³¹⁷ PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, cit., dice claramente que la utilización de condiciones generales constituye un factor de seguridad jurídica pero lo es, sobre todo, para la seguridad de la parte que las predispone, p. 45.

³¹⁸ Ver trabajo de GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación (Crónica de lo incomprensible). ADC, T. LIV, Fascículo III, Julio-Septiembre 2.001. pp. 1127 y ss.

El nº 5 del art. 5 LCGC establece un requisito general de incorporación, que es incluso previo al contrato, al exigir que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de *transparencia, claridad, concreción y sencillez*. Igualess requisitos exige el art.80.1 a) TRLGDCU, cuando se trate de contratos con consumidores que incorporen condiciones generales. Los requisitos expresados son requisitos de formulación y manifestaciones del principio de transparencia, serán apreciados por el tribunal con arreglo a los criterios generales de valoración de la prueba. La valoración se efectuará sobre el contrato aportado por las partes, y en los contratos no formalizados por escrito, sobre las condiciones generales que durante el proceso se acredite que eran las que estaban expuestas al público en la forma antes señalada.

Como señala la SAP Baleares (5ª) de 17 de marzo de 2003, AC-1624, se trata de una exigencia de forma y no de contenido, se exige tanto la claridad visual (tipografía de lectura normal) como la sencillez y concreción expositiva, y significa que el texto del contrato ha de ser legible y comprensible por el tipo medio de persona a la que va normalmente destinado el concreto contrato tipo. La STS1ª de 16 de diciembre de 2009 (RAJ-2010-702) establece que la suficiencia de información conlleva conocer el alcance de lo que se asume por parte del consumidor. Por ello, la cláusula contractual correspondiente ha de ser transparente, clara, concreta y sencilla, es decir, como señala la STS1ª de 13 de marzo de 1999 (RAJ-1999) ha de ser *legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente* (FD Segundo).

La regulación del art. 5 LCGC sobre los requisitos de incorporación de una cláusula, se completa con el art. 7 del mismo cuerpo legal, el cual con una técnica legislativa “*a contrario sensu*”, bajo la rúbrica de “*no incorporación*“, establece la regla negativa sobre esa materia, ordenando que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que: a) el adherente no haya tenido la oportunidad de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato

o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario en los términos del art. 5 LCGC; y b) sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incompresibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

La STS^{1a} de 9 de marzo de 2013 (RAJ-3088) al hablar del control de inclusión de las condiciones generales destaca la exigencia positiva de facilitar al adherente al tiempo de la celebración del contrato la oportunidad real de conocimiento de las cláusulas, y la exigencia negativa de que las cláusulas no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, conforme establece el art. 1261.1º CC, como por exigirlo de forma expresa el art. 5.1 LCGC. Por ello, esta sentencia concluye, apartado 144, que *“el conocimiento de una cláusula, sea o no condición general o condición particular, es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes”*.

La referencia a las cláusulas *“incomprensibles”* ha sido muy criticada en algunos sectores de la doctrina³¹⁹, pues difícilmente se entiende que, después de exigir claridad, sencillez y transparencia, pueda darse validez a ese tipo de cláusulas,

³¹⁹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, ed. Bosch, Barcelona 2008, p. 44. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su incorporación (Crónica de lo incomprensible). ADC, T. LIV, Fascículo III, Julio-Septiembre 2.001. pp. 1127 y ss.

máxime cuando se exige la aceptación expresa de algo que no se comprende y pese a ello se le atribuya valor jurídico.

Quizá se refiera la ley a aquellos casos en que las cláusulas financieras de algunos préstamos vienen determinadas en alguna Orden o Reglamento (como la Orden de 5-5-1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios), con lo que ese tipo de cláusulas del contrato vienen determinadas por tales normas específicas y pueden ser incluidas en el mismo aunque no se comprendan por el adherente; con todo no es óbice para que se aplique la LCGC en su caso³²⁰. Otras interpretaciones apuntan a un error material que no se corrigió en la redacción final del precepto, que sería menos justificable.

Esta norma de no incorporación normalmente se hará valer por *vía de excepción*, pues la prueba del cumplimiento de los requisitos de inclusión o incorporación incumbe al predisponente. Por ello, la no incorporación, en principio no puede estar sometida a plazos de prescripción o de caducidad para invocarla frente a la reclamación del predisponente. La norma integra el control de transparencia de las condiciones generales que, en el caso de contratos con consumidores, debe ser completada con lo que dispone el art. 80 del TRLGDCU, en los términos que seguidamente se comentan.

3.4. Los requisitos cuando interviene fedatario público

³²⁰ La orden de 5-5-1994 fue modificada por las OOMM de 27-10-1995, 1-12-1999 y 28-10-2011. La STS1ª de 9 de marzo de 2013 (RAJ 3088), reitera que “*la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario*”.

El segundo criterio que establece la LCGC en materia de incorporación de CGC se regula en el apartado 2 del art. 5, y hace referencia al supuesto de que el contrato se formalice por escrito y ante Notario. En ese caso los adherentes podrán exigir que sólo se deje constancia de las condiciones generales en la matriz, incorporándolas como anexo, y no se transcriban en las escrituras, imponiendo en tal caso la ley al notario la obligación de comprobar que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan (art. 5.2 LCGC y art. 81.2 LGDCU). En este supuesto, tal declaración de conocimiento vinculará al que la hace como un acto propio que quedará cubierto por la fe pública notarial.

3.5. Caso de contratos no formalizados por escrito: la prueba a cargo del predisponente

En los contratos no formalizados por escrito, basta para la incorporación al contrato de las condiciones generales que el predisponente anuncie las condiciones generales en lugar visible dentro del local en que se celebra el negocio (por ejemplo, su oficina, comercio o almacén abierto al público), que las inserte en la documentación que acompaña a su celebración, o que de cualquier otra forma garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración (art. 5.3 LCGC). Esto último deberá ser debidamente acreditado en el proceso, siendo de cargo del predisponente la prueba en juicio de la existencia y anuncio de las condiciones generales, la inserción en la documentación o bien que ha garantizado el conocimiento de las mismas.

Es irrelevante que el adherente haya aprovechado efectivamente la posibilidad u oportunidad de conocer la existencia de condiciones generales que necesariamente le ha de ofrecer el predisponente, pues la única exigencia es

procurar la información en tiempo oportuno en alguna de las formas expresadas y tal hecho estar debidamente acreditado.

3.6. La incorporación en contratación a distancia y contratación telefónica o electrónica

Conforme al mandato recogido en el artículo 9.1 de la Directiva 2000/31/CE y la Directiva 2011/83/UE (del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, DOUE de 22 de noviembre de 2011) sobre los derechos de los consumidores, la Ley 3/2014 de 27 de marzo (que modifica el TRLGDCU) ha acometido la regulación de los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil, incluyendo en este tipo de contratos aquellos en los que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia. Entre otras, según la Ley (art. 92.1 TRLGDCU), tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: el correo postal, Internet, el teléfono o el fax. Para ello, ha introducido la denominación de esos contratos al Título III del Libro II del TRLGDCU y ha dado nueva redacción a los arts. 92 a 113 TRLGDCU, al mismo tiempo que deroga el apartado 4 del art. 5 de la LCGC³²¹ y el Real Decreto 1906/1999 de 17 de diciembre que reglamentaba y desarrollaba la contratación telefónica del art. 5.4 LCGC. En base a esa modificación legal, la contratación telefónica o electrónica se incluye entre la contratación a distancia.

El empresario deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera y el consumidor y usuario sólo

³²¹ Art. 5 LCGC, apartado “4.- *En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma*”.

quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, en papel o mediante correo electrónico, fax o sms.

De la nueva redacción y regulación de los contratos celebrados a distancia (arts. 92 y siguientes del TRLGDCU), efectuada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo, cabe destacar lo siguiente:

a) Se aplicará a este tipo de contratación, además de la normativa citada del TRLGDCU, la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (Ley 34/2002 de 11 de julio), aunque en caso de conflicto entre esas legislaciones aplicables, prevalecerá el TRLGDCU (art. 97.7).

b) Regula un requisito que no estaba en la norma derogada (art. 5.4 LCGC): el *deber de información previa o información precontractual*, sobre los caracteres principales de los bienes o servicios objeto del contrato, la identidad del empresario y la dirección completa de su establecimiento, número de teléfono, fax, correo electrónico, etc, precio de los bienes o servicios, incluidos impuestos y tasas, forma de pago del precio, si hay derecho de desistimiento del contrato y a cargo de quién son los costes de devolución de los bienes, en caso de desistimiento, duración del contrato, etc. (art. 97.1 TRLGDCU). El facilitar esta información al consumidor es condición necesaria para que quede vinculado por cualquier contrato a distancia.

c) El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario la “*confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio*” (art. 98.7 y 99 TRLGDCU).

La prueba de cumplimiento de estas obligaciones y las del apartado anterior corresponde al empresario (art. 99.4 TRLGDCU). En caso de incumplimiento el contrato puede ser anulado a instancia del consumidor, en ningún caso podrá el

empresario invocar la causa de nulidad, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor y usuario, asumiendo el empresario la carga de la prueba del cumplimiento de lo dispuesto en este precepto (art. 100 TRLGDCU).

d) Se regula el “*derecho de desistimiento*” del consumidor y usuario, con carácter general en un período de 14 días naturales sin necesidad de indicar motivo y sin coste (art. 102.1 y 104 TRLGDCU), siendo nulas las cláusulas que impongan penalización por el ejercicio de ese derecho por el consumidor (art. 102.2 TRLGDCU). También se regulan las excepciones al derecho de desistimiento (art. 103 TRLGDCU), las consecuencias de la falta de información del derecho de desistimiento por parte del empresario (art. 105 TRLGDCU), el ejercicio y efectos del derecho de desistimiento, siendo la carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento a cargo del consumidor y usuario (art. 106.4 TRLGDCU) y finalmente las obligaciones y derechos del empresario (art. 107 TRLGDCU) y las obligaciones y responsabilidades del consumidor y usuario (art. 108 TRLGDCU) en caso de desistimiento.

Por último, se adiciona al TRLGDCU un Anexo relativo a la información sobre el ejercicio del derecho de desistimiento, que es un modelo de documento de información al consumidor y usuario sobre ese tema.

e) Se establece una responsabilidad solidaria del empresario, de su mandatario, comisionista o agente (incluso si actúan en nombre propio), del cumplimiento de las obligaciones establecidas en los contratos celebrados fuera del establecimiento (art. 113 TRLGDCU).

En lo referente a la prueba de este tipo de contratación, se ha de tener en consideración el apartado tres del art. 326 LEC, añadido por la disposición adicional décima de la Ley 59/2003 de 19 de diciembre de Firma Electrónica. Este apartado establece que “*cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento*

electrónico lo pida o se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica”, y este último precepto remite a la comprobación ante el prestador de servicios de certificación y en última instancia al cotejo pericial previsto en el nº 2 del mismo art. 326 LEC³²² para todo documento privado.

4. La incorporación de condiciones generales en contratos de consumo.

Los criterios que se acaban de referir en materia de incorporación y formulación de contratos con condiciones generales se completaban con la Disposición Adicional 1ª número dos LCGC, por la que se modificaba el art. 10 LGDCU, que regulaba los criterios o requisitos de *incorporación o inclusión* en contratos celebrados con consumidores. El número 3 de este art. 10 remitía a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (arts. 5 y 7) e indicaba que podían concurrir las dos regulaciones en aquellos casos en que las cláusulas tuvieran carácter de condiciones generales y se incluyeran en contratos con consumidores.

En la actualidad, el citado artículo 10 se sustituye por el art. 80 del TRLGDCU, que exige que las cláusulas de los contratos con consumidores que incluyan condiciones generales deben reunir los requisitos comentados en el apartado anterior. En realidad, el art. 80 del TRLGDCU es reiterativo y prescindible, pues bastaría con aplicar lo que establece la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Con tal norma, se quiere resaltar lo que la Directiva 93/13/CEE tiene como uno de sus objetivos, el muy concreto de extender el control de las cláusulas abusivas para comprender no sólo los contratos “*standar*”, sino

³²² LEC Art. 326 nº 2. *Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto.*

también los supuestos de “*cláusulas no negociadas individualmente*” a las que se refiere el Considerando 12 de la Directiva y cuyo art. 3.2 define como aquellas cláusulas en que el consumidor no ha podido influir en su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. Si la cláusula ha sido negociada individualmente se excluye del control de contenido.

El artículo 80.1 del TRLGDCU conserva lo sustancial de la redacción del derogado art. 10 LGDCU: incluye en él todas las cláusulas no negociadas individualmente (según lo dicho) y no sólo las condiciones generales y establece de forma precisa los requisitos necesarios que deberán cumplir incluyendo los contratos que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes. Los referidos *requisitos* (de inclusión), que han de ser objeto de control judicial en los procesos que comentamos, son los siguientes: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual. Se corresponde con los requisitos de formulación de las cláusulas que antes se ha comentado; b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura³²³; c) buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. Es un claro requisito de contenido sobre la base de la exigencia de la buena fe en todo tipo de contratos y el equilibrio de las prestaciones; d) antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta, el empresario deberá facilitarle de forma clara, gratuita y comprensible, al menos en castellano, la

³²³ Apartado b) del art. 80 TRLGDCU redactado por la Ley 3/2014 de 27 de marzo.

información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas (art. 60.1 TRLGDCU)³²⁴.

El art. 80.1 TRLGDCU regula los contratos de adhesión en los que el adherente sea un consumidor o usuario que además estén perfeccionados por medio de condiciones generales. En esos casos se aplican ambas leyes, la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios por su ámbito subjetivo y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación por el tipo de contrato celebrado que contiene condiciones generales, complementándose ambas, pues mientras la primera se dirige al contenido del contrato, la segunda se refiere a aspectos más formales como son los relativos a la interpretación (art. 6 LCGC) o a la incorporación de las cláusulas (art. 7 LCGC).

El art.80.1 apartado a) TRLGDCU no habla de incomprensión de las cláusulas, como hace el art. 7-b) LCGC, sino que impone que cumplan los requisitos de concreción, claridad y sencillez (igual que el art.5.5 LCGC) en la redacción, “*con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos*” a otros textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

También exige el art. 80.1 TRLGDCU, apartado b), la accesibilidad y legibilidad de la cláusula, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. Por ello, en los contratos con consumidores, además del filtro de incorporación que señala la LCGC, el *control de transparencia* como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “*carga económica*” que realmente supone para él el contrato celebrado,

³²⁴ Art. 60 TRLGDCU redactado por la Ley 3/2014 de 27 de marzo.

como la “*carga jurídica*” del mismo, que incluye tanto los presupuestos o elementos típicos del contrato como la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo razonable del mismo. Esta exigencia, puede llevar a que cláusulas que superen el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general de los contratos, no superen el de claridad exigible en las cláusulas (generales o particulares) de los suscritos con consumidores, por falta de información suficientemente clara y comprensible³²⁵. Algunos autores critican tal criterio de los tribunales pues entienden que estamos ante una información deficiente que debe cursar en una acción de nulidad del contrato por consentimiento defectuoso más que en una norma de control de contenido de una cláusula³²⁶.

En resumen, en el caso de contratos con consumidores el control de transparencia y claridad de la Ley 7/1998 desde el punto de vista de la incorporación de las cláusulas al contrato (arts. 5.5 y 7) *es condición necesaria pero no suficiente*, pues en este tipo de contratos se exige un *segundo nivel de transparencia* que pone el énfasis y barrera protectora no en la mera claridad de las cláusulas sino en la cognoscibilidad real y razonablemente completa de cómo juega o puede jugar la cláusula en la economía del contrato de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste o prestación económica que asume (*control de comprensibilidad real*, como lo denomina la STS1ª de 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088/2013) punto 215). La información adecuada al conocimiento de que debe disponer el consumidor ha de

³²⁵ En este sentido, STS1ª de 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088) considerando 13º (puntos 210 y 214). Sigue la pauta de esta sentencia, la SAP Barcelona (15ª) de 2 de mayo de 2014 (AC-1112).

³²⁶ Vid, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación” (Crónica de lo incomprensible). ADC, T. LIV, Fascículo III, Julio-Septiembre 2.001.

ser suministrada por el predisponente, que corre con tal carga y también con la de la prueba de que se ha suministrado³²⁷.

El art. 80.2 del mismo Texto Refundido es una repetición de la cláusula “*contra proferentem*”, ya que indica que, cuando se ejerciten acciones individuales, prevalecerá en caso de duda sobre el sentido de una cláusula la interpretación más favorable para el consumidor.

Señalar que el art. 10 LGDCU y el art. 6 apartado 2 LCGC, se vieron afectados por la referida sentencia del TJCE de fecha 9-9-2004 (TJCE 2004, 227), lo que provocó su modificación por la Ley 44/2006 de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. En la modificación de la Ley 44/2006 se limitó la interpretación más favorable sólo al caso de que se ejerciten acciones individuales, lo que pasó después al actual art. 80.2 del TRLGDCU aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre.

Cuando se incluyan en el contrato con el consumidor cláusulas que tengan el carácter de condiciones generales el art. 59.3 TRLGDCU se remite a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación³²⁸. Con todo, el ámbito de aplicación del art. 59.3 TRLGDCU difiere del de la Ley de condiciones generales en dos sentidos:

1) Desde el punto de vista subjetivo, se ciñe a los consumidores y usuarios, a los que define el art. 3 del mismo Texto Refundido.

2) Desde el punto de vista objetivo, hace referencia a los contratos concluidos por medio de condiciones generales, pero además de esos contratos, se refiere

³²⁷ Exigencia que señalan las sentencias del TS (RAJ-3088/2013) y de la AP Barcelona (AC-1112/2014) que se citan en nota anterior.

³²⁸ El art. 59 TRLGDCU se encuadra en las disposiciones generales sobre contratos con los consumidores y usuarios y regula en concreto su ámbito de aplicación, en su nº 3 establece: “3. *Los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación*”.

también a los que, sin estar integrados por éstas, se pueden considerar de adhesión, que son dos categorías que, aunque suelen ser equiparadas, no tienen que coincidir respecto de una misma situación concreta, pues no todos los contratos de adhesión están compuestos de condiciones generales.

El art. 81.3 TRLGDCU se refiere a las cláusulas que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, que estarán sometidas a la aprobación y control de las Administraciones públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez y con independencia de la consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios prevista en esa u otras leyes. Todo ello sin perjuicio de su sometimiento a la Ley General de Consumidores y Usuarios. Se trata de una norma de remisión a otras normas concretas.

En definitiva, todos los criterios que dejamos referidos, integran el control jurisdiccional de transparencia por parte del tribunal en los procesos en que se ejercite la acción individual, criterios y normas de obligada y preferente aplicación por el juez que conozca de los mismos con preferencia a cualquier otra norma de interpretación, con lo que se restringe notoriamente la facultad de libre interpretación contractual al estar establecidos por los preceptos señalados criterios legales que el tribunal debe aplicar.

5.- Plazo para el ejercicio de la acción.

En cuanto al plazo para el ejercicio de las acciones individuales, la omisión en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de un plazo de prescripción para su ejercicio puede llevar a la consideración de la imprescriptibilidad de tal acción. Tal conclusión tendría su base en que al tratarse de una nulidad de pleno derecho (art. 8.1 LCGC) no existe plazo de prescripción y podría ejercitarse en cualquier momento. Sin embargo, ese criterio de la imprescriptibilidad de la acción

de nulidad no está sancionado por el Código Civil, de cuyo art. 1965 se derivaría por el contrario el plazo general de 15 años para el ejercicio de la acción de nulidad de condiciones generales abusivas o contrarias a normas imperativas, así como para la acción de declaración de no incorporación, que consideramos más razonable. Se cita también como apoyo la jurisprudencia relativa al préstamo usurario³²⁹, que según el Tribunal Supremo prescribe a los 15 años la acción para su ejercicio.

Mayor complicación tendría aplicar por analogía el plazo de 4 años del art. 1301 del CC, plazo de caducidad referido al derecho potestativo de anular o confirmar el contrato, y no a los casos de nulidad de pleno derecho aunque se trate de nulidad relativa en este caso. Este plazo breve estaría justificado en que este tipo de contratos, orientados a la adquisición de bienes muebles y servicios de consumo, están reñidos frontalmente con una indefinida posibilidad de impugnación.

La misma consideración de “*nulidad de pleno derecho relativa*” impediría la convalidación de las cláusulas que comentamos, convalidación o confirmación solo posible en los casos de anulabilidad (arts. 1309 y sgtes. del CC). En todo caso, sólo sería aplicable tanto el instituto de la convalidación como el de la confirmación del contrato en la medida en que fuera renunciable el ejercicio de la acción de nulidad y atendiendo a la doctrina de la buena fe y de los actos propios: por ejemplo, en los casos de cláusulas de las que no tuviera conocimiento inicial el adherente, éste pudiera darlas por conocidas posteriormente mediante actos concluyentes de aceptación.

³²⁹ Esta jurisprudencia se formó a partir de la STS1ª de 29 de diciembre de 1942, y ha sido seguida por las de 14 de diciembre de 1949, 26 de febrero de 1957, 27 de octubre de 1960 y 24 de mayo de 1969, entre otras. En contra de esta doctrina ALBALADEJO, M., “La nulidad de los préstamos usurarios” en ADC 1.995 pp. 33 a 39.

Otros plazos que señala la doctrina³³⁰ serían: a) el citado de cuatro años del art. 1301 del CC previsto para la anulabilidad, más razonable y acorde con la remisión del art. 9.1 LCGC a las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual; b) el de cinco años, aplicando por analogía el plazo de las acciones colectivas contra condiciones generales depositadas en el Registro de condiciones generales de la contratación, que establece el art. 19.2 LCGC.

Más difícil resulta el consenso a la hora de señalar el “*dies a quo*” para el cómputo de la prescripción, señalándose como más equitativo el momento en que el predisponente quiera hacer valer la eficacia de la condición general cuya incorporación se cuestiona, pues sería difícil en la práctica acreditar el momento en que el adherente afirma haber advertido la oscuridad, ilegibilidad, falta de transparencia, etc., aunque lo que ofrece más seguridad es acudir al momento de la suscripción del contrato, que consideramos más justo y seguro.

6.- Especialidades de la legitimación en la acción individual

6.1. Consideraciones generales

En lo que se refiere a la legitimación activa para el ejercicio de la acción individual, podrá ser instada por el adherente (art. 9.1 LCGC) de acuerdo con las reglas generales de la nulidad contractual. La condición de adherente la define el art. 2 LCGC. Ello excluye al predisponente como demandante en el proceso individual. Por tanto, las acciones individuales se pueden ejercitar por los adherentes,

³³⁰ PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario al art. 9” *Comentarios a la Ley* [...], cit., dir. R. Bercovitz. Aranzadi 2000, p. 271; y en la misma obra, REGLERO CAMPOS, F., “Comentario al art. 19”, p. 555; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación” (Crónica de lo incomprensible). ADC, T. LIV, Fascículo III, Julio-Septiembre 2.001, pp. 1127 ss.

cualquiera que sea su condición (consumidor, usuario, profesional), solicitando la declaración judicial de no incorporación o de nulidad, y en este último caso puede adecuarse, además de a las propias disposiciones de la Ley de condiciones generales, a las reglas generales de la nulidad contractual.

En estos casos, la nulidad que regula la LCGC es la que se produce por contravención legal “*en perjuicio del adherente*”, por lo que su “*efecto*” natural es que sólo la puede alegar ese perjudicado (el adherente). Es, pues, una nulidad cuya finalidad es la protección de una parte contratante por razones que no son subjetivas (error, vicio de consentimiento, etc.), sino objetivas (la condición de adherente). Estamos, en resumen, ante una *limitación de la legitimación* (sólo se legitima al adherente, no al predisponente), manteniendo la nulidad de pleno derecho relativa y sin necesidad de acudir al concepto de anulabilidad.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante de 3 de Enero de 2005 (AC-36) habla precisamente de: “*las acciones individuales del adherente, que podrá instar para que se declare la no incorporación o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales en relación con el contrato concreto concertado con el predisponente (art 9 LCGC)*”, acciones que según la misma sentencia no deben confundirse con las colectivas para cuyo ejercicio sólo están legitimadas “*alguna de las asociaciones corporaciones o entidades previstas en el art. 16 LCGC*”. En la misma línea, la SAP Alicante (6ª) de 2 de febrero de 2005 (AC-325) indica que el que ejercita una acción individual no está legitimado para pedir el cese de una conducta concreta “*respecto a la generalidad de contratos suscritos y que pueda suscribir la demandada y con todos los usuarios actuales y potenciales*” del servicio que presta, pues esa legitimación “*queda reservada a las asociaciones y entidades jurídicas que se relacionan en el art. 16 LCGC*” o, en su caso, a lo dispuesto en el art. 11 LEC.

En cuanto a la legitimación pasiva, la acción se ejercita contra el predisponente que ostenta en todo caso la condición de pasivamente legitimado, concepto de predisponente que establece el art. 2 LCGC, al igual que ocurre con la legitimación pasiva en materia de acciones colectivas.

6.2. Ejercicio de la acción por consumidores y menores de edad

La única especialidad de las acciones individuales en materia de CGC promovidas por consumidores y usuarios (los casos más frecuentes), se ciñe a la ampliación de las causas de nulidad, que podrán fundarse también en la naturaleza abusiva de la cláusula, conforme a lo dispuesto en el art. 8.2 LCGC, que se remite para la concreción del carácter abusivo de las cláusulas a lo que define al respecto el art. 10 bis y la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en la actualidad, arts. 82 a 90 del Texto Refundido de esta Ley aprobado por RDL 1/2007). Por el contrario, si la relación contractual se ha establecido entre profesionales, el carácter abusivo de una cláusula deberá basarse y sustanciarse por las normas generales de nulidad contractual del Código Civil³³¹.

Mención especial merece el caso de que el consumidor sea menor de edad, caso por otra parte frecuente dado que los menores a partir de edades cada vez más tempranas suelen adquirir o utilizar bienes y servicios, lo que ha venido en denominarse la *capacidad natural de obrar* de estas personas cuya capacidad jurídica está limitada (arts. 154, 162, 164 y 215 CC, entre otros)³³². Aunque no exista un estatuto jurídico completo del menor consumidor, es indudable que el menor, en cuanto sujeto que actúa/participa en el mercado de bienes y servicios,

³³¹ Sobre los derechos de profesionales y empresarios en la contratación con condiciones generales desde un punto de vista sustantivo especialmente, ver la monografía citada de ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Thomson-Civitas, Pamplona 2009.

³³² STS1ª 10 de junio 1991 (RAJ-4434) y STC 141/2000 de 29 de mayo.

resultará protegido por la normativa general sobre consumidores y usuarios y por tanto, en relación con las cláusulas abusivas de condiciones generales que nos ocupan, le será aplicable la LCGC en cuanto a las cláusulas nulas o abusivas³³³.

En lo referente a la capacidad para ser parte y la capacidad procesal del menor no emancipado que ejercite la acción individual, habrá que estar a lo que dispone al respecto el art. 6 y art. 7 LEC en sus apartados 1 y 2. De acuerdo con estos preceptos, debe el menor comparecer en juicio por su representante legal (conforme señala el Código Civil) o, en su caso, en la forma que establece el art. 8 LEC con intervención del Ministerio fiscal³³⁴.

7. Otras especialidades procesales de la acción individual.

El régimen procesal de la acción individual admite planteamientos distintos a los de las acciones colectivas, toda vez que existe una relación contractual entre las partes del proceso, lo que se traduce en que la posición de demandante o demandado en el mismo pueden alternarse permitiendo reclamar el derecho tanto por vía de acción como de reconvenición. En todo caso, se ha de tener en cuenta la especialidad antes señalada de la acción individual que solo la puede instar el adherente (art. 9.1 LCGC). Ello excluye al predisponente como demandante en el proceso individual.

³³³ Para un mayor análisis sobre la tutela del menor consumidor prevista en la legislación penal, civil o administrativa, ver el trabajo de AGUILAR RUIZ, L., “La tutela del menor consumidor. Del mandato constitucional a los códigos de conducta empresarial”, RDP septiembre- octubre 2008, pp. 51 a 79.

³³⁴ Artículo 8 LEC. Integración de la capacidad procesal. 1. Cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado 2 del artículo anterior y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el Secretario judicial le nombrará un defensor judicial mediante decreto, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona. 2. En el caso a que se refiere el apartado anterior y en los demás en que haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquél. En todo caso, el proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Ministerio Fiscal.

También es posible discutir en el proceso la nulidad o no incorporación al contrato de una concreta cláusula al defenderse la persona a la que se exige su cumplimiento.

7.1. La carga de la prueba en juicio de los requisitos de incorporación

La prueba de los criterios de incorporación ha de remitirse a las normas generales de la LEC. Sobre esa base, será a cargo del predisponente la prueba del cumplimiento de los deberes que la propia Ley le impone de procurar y proporcionar la información suficiente sobre las condiciones generales³³⁵; además, se han de observar las normas al respecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 (en especial arts. 299 y 382 y siguientes)³³⁶.

La información al adherente es exigida tanto por la LCGC (arts. 5 y 7) como por el art. 89.1 TRLGDCU que tacha de abusiva la cláusula que contenga la adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato. Esa exigencia también se reitera por los tribunales, tal como señala el fundamento cuarto de la SAP Asturias (7ª) de 9 de marzo de 2004 (AC-1128) que expresa lo siguiente: "*los arts. 5 y 7 de la Ley de condiciones generales de la contratación regulan lo que se ha dado en llamar control de inclusión estableciéndose que (las cláusulas) no formarán parte del contrato cuando el predisponente no haya informado de ellas expresamente al adherente o éste no haya tenido oportunidad real de conocerlas al tiempo de la celebración del contrato*". De la interpretación de estas normas, concluye dicha sentencia, "*la doctrina deriva que a través de ellas se establece una*

³³⁵ Tal como antes hemos señalado, citando en este sentido STS1ª de 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088) considerando 13º (puntos 210 y 214. Sigue la pauta de esta sentencia, la SAP Barcelona (15ª) de 2 de mayo de 2014 (AC-1112).

³³⁶ El art. 299 de la LEC enumera los medios de prueba "*habituales*" en juicio y el art. 382 se refiere al valor probatorio de los instrumentos de filmación, grabación y semejantes.

regla relativa a la prueba estableciendo como de cargo del predisponente la de que, efectivamente, proporcionó al adherente el conocimiento necesario de aquélla a que las dichas cláusulas se refieren".

En definitiva, la prueba del cumplimiento de los requisitos de inclusión o incorporación incumbe al predisponente ya que, como redactor del contrato, es la persona obligada a cumplir con los requisitos de inclusión o incorporación que la LCGC establece, y así también lo establece de modo expreso el art. 80 TRLGDCU. La norma concuerda con la regla general de carga de la prueba según la cual a la hora de aplicar la carga de la prueba se tiene en cuenta el denominado principio de *facilidad probatoria* (art., 217.7 LEC).

En el caso de contratación electrónica “*deberá utilizarse*”, como medio de prueba, una firma electrónica avanzada, que atribuya a los datos consignados en forma electrónica el mismo valor jurídico que la firma manuscrita según lo que dispone la Ley 59/2003 de 19 de diciembre de Firma Electrónica, cuyo art. 3 n° 4 (al que remite el art. 326-3 LEC) atribuye a la firma electrónica reconocida el mismo valor que la manuscrita, y no se impide el uso de otros medios de prueba. La Ley 59/2003 de 19 de diciembre, de firma electrónica, entró en vigor el 21-3-2004.

7.2. Ejercicio de la acción individual por el adherente

El ejercicio de la acción individual, tiene como especialidades procesales más destacadas las que señala la propia Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Según el art. 9.1 LCGC la legitimación activa, o lo que dicho precepto denomina derecho a instar la declaración judicial de no incorporación o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales, se atribuye a la persona o personas que tengan la condición de adherente. Aunque podía aducirse que esa posición se deduciría igualmente sin necesidad de mención expresa

al ser parte del contrato (art. 10 LEC), sin embargo la especialidad surge porque no se legitima al predisponente para instar esa declaración judicial, con lo que la legitimación se deriva del art. 9.1 LCGC y no del art. 10 LEC. La razón se puede encontrar en el hecho de que el contrato lo crea el predisponente sin intervención del adherente, por lo que legitimarle para impugnarlo sería ir contra sus propios actos y la ley amparar esa conducta. La legitimación pasiva corresponde al predisponente, cualidad que definen los arts. 1 y 2 LCGC, como responsable de la utilización y redacción del contrato con condiciones generales.

Además de la acción individual, el adherente está legitimado para acumular, a la petición de que se declare abusiva o nula una condición general o su no incorporación, otras acciones (como las pecuniarias sobre devolución de cantidades indebidamente pagadas o la indemnización de los daños y perjuicios causados), ya no como accesorias de la principal sino como acciones principales ambas acumuladas. Es decir, según el art. 12.2 LCGC las acciones de devolución e indemnización se han de acumular siempre como accesorias de la colectiva de cesación y quedan supeditadas a que se estime la principal, mientras que si el adherente acumula las mismas acciones a la individual referida ya no precisa hacerlo como accesorias y pueden ser objeto de pronunciamiento independiente aunque no se estime total o parcialmente la individual expresada. No existe norma alguna que imposibilite la acumulación subjetiva de acciones del art. 72 LEC, que permite ejercitar acumuladas las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir, que se entenderá idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos, como exige esa norma.

La jurisdicción corresponde al orden civil, y la competencia objetiva se atribuye a los juzgados de primera instancia, tras la modificación de la LOPJ llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/2015 que dio nueva redacción al apartado d) del artículo 86 ter número 2 de la LOPJ, según lo comentado al tratar de las acciones

colectivas, únicas acciones de las que han de conocer los juzgados de lo mercantil. La competencia funcional tiene la excepción que señala el art. 82.2 apartado 2º de la LOPJ (según redacción de la LO 7/2015) que atribuye la competencia para conocer el recurso de apelación a las Secciones especializadas de lo mercantil de las Audiencias Provinciales al decir que “estas Secciones especializadas conocerán también de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de primera instancia en los procedimientos relativos a concursos de personas físicas y a *acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación*”. Con esa modificación, la especialidad en caso de recurso de apelación consiste en atribuir el conocimiento de la apelación a las secciones especializadas de lo mercantil de las Audiencias Provinciales, que se crearon a la vez que los juzgados de lo mercantil.

La competencia territorial, derogado el nº 3 del art. 9 LCGC por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, se rige por lo establecido en el art. 52.1 nº 14º LEC que, para estos procesos, mantiene como fuero inderogable el del domicilio del *demandante*³³⁷, igual que el derogado art. 9.3 LCGC. Al no tener carácter dispositivo este fuero (art. 54.2 LEC), no será válida ni la sumisión expresa ni la tácita con el fin de beneficiar al adherente, según se ha explicado con anterioridad al comentar los fueros aplicables en materia de condiciones generales.

En el caso de que la acción individual se acumule con otras acciones que el adherente pueda ejercitar (p. ej.: la de reparación de daños y la de devolución de cantidades entregadas), se aplicará la norma del art. 53.1 LEC, que establece como tribunal competente, por orden exclusivo, el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás, en su defecto, aquél que debe conocer del mayor número de las acciones acumuladas y, en último término, el del lugar que

³³⁷ En este sentido AATS1ª de 13 de abril de 2007 (RAJ-2659); 20 de abril de 2009 (RAJ-2898); 8 de septiembre de 2009 (RAJ-5496); 27 de octubre de 2009 (RAJ-5710 y RAJ 2010-134, 135 y 136); uno de diciembre de 2009 (RAJ 2010-149).

corresponda a la acción más importante cuantitativamente. En el ejercicio de la acción individual, no se dará el caso de que la acumulación lleve a la existencia de varios demandados que origine, según la norma anterior, que la competencia territorial se atribuya a los jueces de más de un lugar y aplicar lo normado en el art. 53.2 LEC que faculta para presentar la demanda ante cualquiera de ellos, pues en la acción individual a efectos de fuero es decisivo el domicilio del demandante no el de los demandados.

En todo caso, no debe perderse de vista que el fuero del art. 52.1 n° 14 LEC es un fuero imperativo a favor del demandante que no debe verse limitado por el hecho de la acumulación por lo que, a nuestro juicio, debe prevalecer ante las otras consideraciones no subjetivas que señala el art. 53 LEC.

El procedimiento a seguir es el juicio ordinario en todo caso (art. 249.1- 5° LEC), con lo que se configura como una especialidad de estos procesos en función de la materia que tratan y sin consideración a la regla general de la cuantía del proceso (art. 249.2 LEC). La LEC solo contempla la excepción del juicio verbal para la acción colectiva de cesación (art. 250.1-12°) no para la acción individual. En la contestación a la demanda, el demandado podrá plantear reconvención, en los términos que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil, al contrario de lo que sucede en las acciones colectivas, donde no sería posible la reconvención al no existir relación contractual entre las partes del proceso. Fuera de lo señalado sobre la carga de la prueba de los requisitos de incorporación e inclusión, no existen especialidades destacables en cuanto a la audiencia previa, práctica de la prueba en juicio y resumen de las admitidas y practicadas.

Los efectos de la sentencia, son los que seguidamente se comentan, con las especialidades, en los casos de declaración de nulidad parcial o no incorporación de una determinada condición general. Además de la facultad del tribunal de aclarar e

integrar el contrato en la propia sentencia, siempre que pueda subsistir el mismo sin la condición general declarada nula, lo que constituye más un deber.

7.3. Ejercicio por vía de reconvención o excepción

Además del ejercicio de la acción individual, el adherente demandado puede pedir la nulidad de un determinado contenido del contrato con condiciones generales o su no incorporación en la contestación a la demanda interpuesta por el predisponente para exigir el cumplimiento del contrato. Aprovechando el proceso instado en su contra, es normal que el adherente excepcione o alegue en su defensa la nulidad o no incorporación del contenido del contrato cuyo cumplimiento se le reclama, negando que el actor tenga derecho a la tutela judicial que pide. Así mismo, cabe oponer la nulidad por vía reconvencional, como antes señalamos, pues en su defensa la ley le da dos alternativas: bien en base a la excepción solicitar la mera desestimación de la demanda, bien solicitando se estime la acción reconvencional y se declare la nulidad de la cláusula controvertida y/o la devolución de cantidades e indemnización de perjuicios.

La LEC en los arts. 406, 408 y 400, unifica el tratamiento procesal entre la excepción propiamente dicha, en la que el demandado pide sólo la desestimación de la demanda, de lo que doctrinalmente se denomina “*excepciones reconvencionales*” o lo que la Ley procesal denomina “*reconvención conexa*”, en las que se solicita un pronunciamiento del tribunal sobre la nulidad o anulabilidad aducida como defensa. La Ley exige que la reconvención sea expresa en todo caso y determina el momento en que se puede alegar (contestación a la demanda). También establece una eventual fase de contradicción cuando se alegue la nulidad del negocio jurídico (art. 408.2), y

extiende la eficacia de la cosa juzgada (art. 408.3) a la excepción de nulidad del negocio jurídico alegada³³⁸.

La SAP Barcelona (16ª) de 22 de mayo de 2002 (AC-1329) aplica esos preceptos e indica que: *“del examen de los artículos 406, 408 y 438 (de la LEC) se desprende que el actual régimen procesal ha acabado con lo que se denominaba “reconvencción implícita”, debiendo ésta plantearse de forma expresa. Tras lo cual, y sin que exista por tanto ninguna confusión al respecto ni se produzca ninguna indefensión al actor, se dará traslado a éste para que pueda contestar en el plazo legal. Tan es así que la parte final del apartado 3 del artículo 406 dispone que en ningún caso se considerará formulada reconvencción en el escrito -hay que entender también en la intervención oral del juicio verbal- del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal.”*

Finaliza la referida sentencia, indicando que tal reconvencción expresa, en el juicio verbal: *“debe hacerse, bajo sanción de inadmisión, según dispone el artículo 438 LEC, cuando se notifique al actor al menos cinco días antes de la vista, lo que no se hizo en el caso presente en que la oposición a la demanda se hizo en el mismo momento de la vista. Por ello, al no haberse observado un requisito establecido de forma imperativa por la Ley y fundamental para el derecho de contradicción y defensa de la parte contraria, no pueden entrarse a considerar tales motivos al no*

³³⁸ Artículo 408. Tratamiento procesal de la alegación de compensación y de la nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda. Cosa juzgada. 2.- *Si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al tribunal, que así lo acordará, mediante providencia, contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción.* 3.- *La sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada.*

poder tenerlos por formulados debidamente a través de la preceptiva reconvención suscitada en tiempo y forma”.

Con todo, la reconvención limitada que permite el art. 438 LEC en el juicio verbal siempre tendrá el inconveniente de que el proceso a seguir para el ejercicio de la acción individual que nos ocupa es el ordinario, con lo que la reconvención determinaría la improcedencia del juicio verbal tal como señala el propio art. 438.1 LEC. Este precepto establece:

Artículo 438. Reconvención y acumulación objetiva y subjetiva de acciones.1.- En ningún caso se admitirá reconvención en los juicios verbales que, según la ley, deban finalizar por sentencia sin efectos de cosa juzgada. En los demás juicios verbales sólo se admitirá la reconvención cuando ésta se notifique al actor al menos cinco días antes de la vista, no determine la improcedencia del juicio verbal y exista conexión entre las pretensiones de la reconvención y las que sean objeto de la demanda principal. 2.- Cuando en los juicios verbales el demandado oponga un crédito compensable, deberá notificárselo al actor al menos cinco días antes de la vista. Si la cuantía del crédito compensable que pudiere alegar el demandado fuese superior a la que determine que se siga el juicio verbal, el tribunal tendrá por no hecha tal alegación, advirtiéndolo así al demandado, para que use de su derecho ante el tribunal y por los trámites que correspondan.

7.4. Caso especial del proceso de ejecución

Se plantea un problema cuando el cumplimiento del contrato se insta por vía ejecutiva, de conformidad con los arts. 517 y siguientes LEC. Cuando se trata de ejecución de títulos judiciales no ofrecerá mayores problemas dado que detrás, normalmente, habrá existido un proceso sobre la legalidad y exigencia de lo pactado

en el contrato o una transacción homologada por una resolución judicial (art. 517.2 nos 1º y 3º LEC).

Cuando se trate de laudos o resoluciones arbitrales nada impide alegar la nulidad de la cláusula arbitral base del mismo. Es más, el AAP Madrid (20ª) de 16 de enero de 2009 (AC-678), y el AAP Barcelona (15ª) de 19 de enero de 2009 (AC-578), admiten la posibilidad de que el tribunal de oficio aprecie la nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje inserta en el contrato de adhesión y por ello deniegue la solicitud de ejecución del laudo. Estos dos Autos apoyan ese criterio en sentencias del TJUE de 27 de junio de 2000 (TJCE-144) y 21 de noviembre de 2002 (TJCE-345) que incluyen esa apreciación de oficio en la protección que concede a los consumidores en la Directiva 93/13 CEE de 5-4-1993. A este respecto el TJUE afirma que *“la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el art. 6 de la Directiva, a saber, impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores. Esta facultad reconocida al juez se ha considerado necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva”*.

Con anterioridad a la Ley 1/2013 de 14 de mayo, que modificó algunos preceptos de la LEC, ya se buscaban razones para poner freno en el proceso de ejecución a las cláusulas abusivas y por tanto nulas. Según las normas del art. 517.2 nos. 4º y 5º LEC, en un proceso de ejecución de títulos no judiciales no podía alegar el adherente la nulidad de la cláusula o la no incorporación de la misma, al no estar prevista esa excepción entre los motivos de oposición que enumeraba el art. 557 LEC, a diferencia de lo que establecía el art. 1467.1 de la derogada LEC de 1.881,

sin perjuicio de que pudiera hacer uso del derecho que atribuía el art. 564 de iniciar un proceso declarativo posterior para hacer valer ese derecho³³⁹.

Es cierto que el proceso de ejecución de títulos no judiciales está diseñado para responder a las necesidades del tráfico civil y mercantil, buscando un proceso ágil y con motivos de oposición tasados. Las notas características de dicho proceso serían las siguientes: sobre la base de un documento fehaciente se dispone de un proceso sumario en el que rige el principio *solve et repete*, por necesidades del tráfico. Sobre todo concurre la nota de *sumariedad*, sin perjuicio de que la parte ejecutada pueda iniciar un ulterior proceso declarativo para hacer valer cuestiones que no puedan dilucidarse en el estrecho margen del proceso de ejecución³⁴⁰.

Es cierto también que, en materia de condiciones generales, los títulos no judiciales susceptibles de ejecución serían los que señala el citado art. 517.2 LEC, apartados 4º y 5º, referidos a escrituras públicas y pólizas de contratos mercantiles, en los que la intervención del notario supone la existencia de un cierto control de legalidad, dadas las obligaciones de información que el art. 23 LCGC y el art. 81.2 TRLGDCU imponen a estos fedatarios, a las que ya nos hemos referido.

Dicho lo anterior, es obligado preguntarse si en base a una cláusula nula puede despacharse ejecución. Al respecto, se ha de tener en cuenta: que la LEC, art. 559.1, apartado 3º, permite al ejecutado oponerse a la ejecución alegando como defecto “*no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución*”. También se ha de tener en cuenta que el art. 551.1 LEC, indica que el tribunal despachará la ejecución siempre que “*los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título*”.

³³⁹ En este sentido, SÁNCHEZ LÓPEZ, B., y DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Comentario al art. 9”, *Comentarios a la Ley* [...], cit., dir. A. Menéndez y L. Díez-Picazo, Civitas 2002, p. 509.

³⁴⁰ Sobre el sentido y fundamento de los títulos ejecutivos extrajudiciales, puede verse DE LA OLIVA SANTOS, A., “En defensa del título ejecutivo, en defensa del crédito”, *Revista de Derecho Procesal*, 2, 1988, pp. 371-430.

A partir de la entrada en vigor de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, existe en nuestro Derecho una norma clara (disposición adicional primera, en relación con el art. 10 bis, ambos de la LGDCU, en la actualidad arts. 82 a 90 del TR LGDCU) que sanciona como abusivas, y por tanto nulas, determinadas y concretas cláusulas como serían, por ejemplo, la solicitud de despacho de ejecución en base a una cláusula de aumento de precio del objeto vendido, sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato, o la exigencia al consumidor que no cumple sus obligaciones de una concreta indemnización fijada en contrato que sea desproporcionadamente alta.

Partiendo de esas consideraciones y los razonamientos expuestos para los laudos arbitrales por la Audiencia de Barcelona y el TJUE, entendemos que el tribunal tiene base legal para denegar de oficio el despacho de ejecución en los casos que la petición se haga con el apoyo de cláusulas abusivas y, por tanto, nulas, y que el ejecutado podrá oponerse a la ejecución de cláusulas de esa naturaleza incluidas en la relación de cláusulas abusivas de los preceptos citados de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pues así parece admitirlo la letra y espíritu de los artículos de la Ley procesal que dejamos referidos.

Un planteamiento distinto llevaría a negar eficacia normativa a los preceptos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que regulan las cláusulas abusivas concretas, y ya hemos expresado nuestra opinión de que en esas disposiciones se puede fundar la casación por infracción de normas aplicables, con lo que nada impide alegar tales artículos como base de la oposición a la ejecución o apreciarse de oficio por el tribunal el incumplimiento de tal normativa para denegar el despacho de la ejecución. Todo ello constituye una clara novedad en nuestro Derecho al elevar al rango legal la nulidad de cláusulas contractuales concretas.

7.5. La nueva Ley 1/2013 de 14 de mayo, los efectos de la cláusula nula en el proceso de ejecución general e hipotecaria

Lo que apuntamos en el apartado anterior ha adquirido nueva perspectiva tras la Sentencia del TJUE de fecha 14 de marzo de 2013 (TJUE-2013, 89), al resolver una cuestión planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona. En esta resolución el tribunal decide que se opone a la Directiva 93/13/CEE la normativa de un Estado miembro que al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

La sentencia que se acaba de citar ha dado lugar a la consiguiente modificación legal en nuestro proceso de ejecución por la Ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Esta norma, por un lado, modifica el procedimiento de venta extrajudicial de los bienes hipotecados ante Notario al dar nueva redacción a los apartados del art. 129 de la Ley Hipotecaria, en especial el apartado f) del nº 2 de dicho artículo, que afecta al tema que comentamos. Por otro lado, modifica la LEC en los preceptos relativos a la ejecución en general y la ejecución de los bienes hipotecados especialmente.

El apartado f) del art. 129.2 LH habilita al Notario a suspender la venta extrajudicial cuando considere que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario pudiera tener carácter abusivo, lo que le obliga en primer lugar a ponerlo en conocimiento de las partes (deudor, acreedor, en su caso avalista e hipotecante no

deudor) a los efectos oportunos, y en segundo lugar a suspender la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez competente el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales, conforme a lo establecido en el art. 684 LEC, sustanciándose la cuestión por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del art. 695.1 LEC. Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor.

Las modificaciones en la LEC del proceso de ejecución de bienes hipotecados se refieren, entre otras, a la ampliación de las causas de oposición del ejecutado para lo cual da nueva redacción al art. 695 LEC e incluye como causa de oposición *“el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”* (art. 695.1-4ª LEC). La formulación de la oposición suspende la ejecución (art. 695.2 LEC), efecto fundamental que impide seguir el proceso antes de resolver la oposición por esa causa. De estimarse la oposición por la causa expresada, se acordará el sobreseimiento de la ejecución si la cláusula contractual fundamente la ejecución o hubiese determinado la cantidad exigible. En otro caso, se continuará la ejecución con inaplicación de la cláusula abusiva (art. 695.3 LEC).

También se añade una causa de oposición nueva, la 7ª, al art. 557.1 LEC considerando como tal *“que el título contenga cláusulas abusivas”*, lo que habilita al ejecutado a oponerse a la ejecución despachada, con el efecto consiguiente de suspender el curso de la ejecución (art. 557.2 LEC), al igual que en la ejecución hipotecaria. Para completar los efectos de la alegación de esta causa, la Ley 1/2013 añadió un punto 3.ª al apartado 1 del art. 561 LEC con la siguiente redacción: 3.ª *Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la*

improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas.

Así mismo, dentro de las disposiciones generales de la ejecución, la Ley 1/2013 reforma el art. 552 LEC que se refiere a la denegación del despacho de la ejecución al añadirle un párrafo al apartado 1 para establecer que si el tribunal apreciar que alguna cláusula pudiera tener carácter abusivo debía dar audiencia a las partes por cinco días antes de pronunciarse sobre esa cuestión. La norma ha tenido nueva redacción por la Ley 42/2015 de 5 de octubre que impone al tribunal examinar de oficio si alguna cláusula del título puede ser calificada de abusiva, quedando con esta redacción: *“El tribunal examinará de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el art. 557.1 pueda ser calificada de abusiva. Cuando apreciar que alguna cláusula puede ser calificada como tal dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de los cinco días siguientes, conforme a lo previsto en el art. 561.1-3ª”*. La cuestión de decidirá por Auto, que si deniega la ejecución será directamente apelable en la forma que concreta el art. 552.2 y 3 LEC.

En definitiva, la nueva normativa deja clara en el juicio ejecutivo, sin necesidad de interpretación adicional, tanto la opción del tribunal de no despachar la ejecución si aprecia la condición de abusivas de las cláusulas del contrato, como la facultad de oposición del ejecutado si entiende que el documento en base al que se despacha ejecución incluye cláusulas abusivas decisivas, con las consecuencias señaladas.

7.6. Otras vías de posible alegación

Otras vías procesales a través de las que se podría alegar la nulidad o no incorporación de concretas cláusulas, de forma incidental, con ocasión de analizar los presupuestos del proceso, serían las siguientes:

a) La sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje establecida en el contrato, que puede dar lugar a una declinatoria donde se discuta la validez de tal pacto, que obliga al tribunal a pronunciarse sobre la existencia y requisitos formales del convenio. Obviamente cuando hablamos de arbitrajes nos referimos a los permitidos por el art. 90.1 TR LGDCU (antes la cláusula V-26 de la disposición adicional primera de la LGDCU).

La Ley de Arbitraje, Ley 60/2003 de 23 de diciembre, que entró en vigor el 26-3-04, en su art. 9.2, reitera lo que ya decía la ley que deroga, que si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, su validez e interpretación se rige por lo dispuesto por las normas aplicables a ese tipo de contratos. También se puede impugnar el laudo arbitral ante la Audiencia Provincial en los casos tasados que señala el art. 41 de la Ley de Arbitraje, entre los que se encuentra el apartado 1 a) relativo a que el convenio arbitral no existe o no es válido³⁴¹. En cuanto a la posibilidad de que el tribunal de oficio deniegue la ejecución del laudo en base a la nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje, nos remitimos a lo comentado en los apartados anteriores. Asimismo, se podría alegar, una vez planteado el pleito, la litispendencia arbitral por no respetar el pacto de sumisión arbitral, lo que obligaría a pronunciarse sobre la nulidad o no incorporación de tal pacto.

b) Impugnación a instancia de parte de la competencia territorial fijada por sumisión expresa, ya que el art. 54.2 LEC niega validez a la sumisión expresa contenida en contrato de adhesión o que contenga condiciones generales

³⁴¹ Ley 60/2003 de Arbitraje, art. 41. Motivos. 1. *El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.*

predispuestas, o los celebrados con consumidores o usuarios, lo que posibilita discutir la cuestión en la declinatoria que se proponga.

c) Exigencia de la deuda derivada del contrato a través del proceso monitorio, en cuyo caso el adherente podrá oponerse a la petición del acreedor en los términos que señala el art. 818 LEC, que le permitirá que la cuestión se dilucide en el juicio que corresponda.

8. La nulidad de una cláusula: control de oficio por el tribunal.

El tribunal podría incluso apreciar de oficio la nulidad o no incorporación de una cláusula determinada, pese a la no alegación de parte y sin incurrir en incongruencia, cuando esa valoración surja como antecedente lógico para resolver la cuestión principal, y sobre esa base fallar el pleito como si la condición general no existiera, al considerarla oscura y por lo tanto tenerla por no puesta.

Con todo ese pronunciamiento de oficio exige someter a las partes todos los factores que pueden incidir en la declaración de abusividad o nulidad de la cláusula o cláusulas eventualmente nulas, a fin de facilitarles la defensa de sus intereses, articulando al efecto los mecanismos precisos. Todo ello en base al *principio de audiencia y contradicción* que forma parte del derecho de defensa, máxime cuando se zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio y respetando en todo caso el derecho que tiene el consumidor a renunciar a la nulidad de la cláusula abusiva (Sentencias: TS1ª 9 de mayo de 2013, apartados 125, 126 y 127, RAJ-3088; TJUE 2 de diciembre de 2009, TJCE-367, y 21 de febrero de 2013, TJUE-46).

El alcance innovador de la figura de las cláusulas abusivas no tiene relación con las normas imperativas (cuyos pactos contrarios a esas normas son ilícitos, no abusivos) sino con las normas dispositivas que se caracterizan por su derogabilidad,

o mejor posibilidad de sustitución, por el pacto de las partes³⁴². La Ley opta, como ya señalamos, por la nulidad de pleno derecho a la hora de determinar los efectos de las cláusulas abusivas, cumpliendo así la Directiva 93/13/CEE que imponía que tales cláusulas “*no vincularán al consumidor*”. Con todo es una nulidad de pleno derecho *relativa*, en el sentido de que en ningún caso está legitimado para instarla el empresario o profesional, pues está fijada en función del interés del consumidor, en principio debe llevar a una nulidad parcial de la cláusula abusiva (art. 83 TRLGDCU) y a la integración del contrato en base al art. 1258 CC en los casos en que se producen los efectos previstos en el art. 10 LCGC. Ese interés del consumidor no permite imponer la nulidad en contra de la voluntad del consumidor, ya que frente al desequilibrio de las posiciones de empresario y consumidor el Ordenamiento reacciona con un tratamiento asimétrico y atribuye a éste la decisión de invocarla (en este sentido STS1ª de fecha 9 de mayo de 2013, RAJ-3088, apartado 117, y STJUE de 4 de junio de 2009, TJCE-155). Si el consumidor, tras haber sido informado por el juez sobre la posible causa de nulidad de una cláusula, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de la misma, el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión.

Así mismo señala la normativa que tales cláusulas se *tendrán por no puestas*, y solo cuando determinen una situación *no equitativa* (que debe entenderse como desequilibrio de prestaciones importante, gravemente contrario a la buena fe) en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declararse la ineficacia del contrato. La Directiva imponía a los Estados que dispusieran que el contrato seguiría siendo obligatorio para las partes si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. La nulidad es pues parcial, pero puede convertirse en total.

³⁴² En este sentido CLEMENTE MEORO, M., “El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas”, en AA VV *Contratación y consumo*, edita Tirant lo Blanch, Valencia 1998.

La nulidad se sitúa en el ámbito de la invalidez y no en el genérico de la ineficacia, y dentro de la invalidez opta por una nulidad de pleno derecho, que no puede quedar en manos del propio consumidor, o lo que es igual, las cláusulas abusivas son nulas porque así lo quiere el legislador y no porque el consumidor así lo decida, son nulas por su contenido, no porque existan vicios de voluntad o de consentimiento, y el ordenamiento jurídico quiere evitarlas de plano, desterrarlas de la práctica contractual. La razón de la nulidad es la propia del orden público, aunque el interés protegido no es individual, sino colectivo, no se protege a un contratante particular por sus circunstancias singulares, sino a una categoría: el consumidor que contrata con un profesional.

Y aunque el legislador podría precisar más los efectos de esa nulidad, se puede considerar que esa nulidad es apreciable de oficio por los tribunales ya que: la protección efectiva de los intereses económicos de los consumidores (art. 51 CE) deberá informar la práctica judicial (art. 53.3 CE), por lo que denegar esa apreciación de oficio supone renunciar a un mecanismo de protección, lo que sólo se puede justificar por la existencia de otros intereses de preferente protección. Salvando, obviamente, la necesidad de que esa apreciación de oficio se lleve a efecto dentro de un proceso con las debidas garantías, pues la iniciativa judicial que supone la apreciación de oficio exige la previa audiencia de las partes (art. 83 TRLGDCU).

Como acabamos de señalar, la Ley 1/2013 de 14 de mayo sobre medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios y la Ley 42/2015 de 5 de octubre modifican la LEC para dar entrada en el proceso de ejecución a la posibilidad de denegar la misma cuando el tribunal de oficio apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en el título ejecutivo pueda ser calificada como abusiva, lo que obliga a dar audiencia por quince días a las partes y, oídas éstas, acordará lo procedente sobre esa circunstancia en el plazo de los cinco días hábiles siguientes (art.552.1 párrafo segundo LEC). Al mismo tiempo la Ley 1/ 2003 establece en el art.557.1

LEC como causa de oposición a la ejecución, una nueva la 7ª, relativa a que el título no judicial contenga cláusulas abusivas. El mismo criterio aplica la Ley 42/2015 de 5 de octubre al modificar el art. 815.4 LEC, cuando se trate de reclamación en el proceso monitorio con base en un contrato entre empresario o profesional y un consumidor o usuario, que faculta al juez a examinar de oficio si el contrato incluye alguna cláusula que pueda calificarse de abusiva. Cuando apreciarse esa circunstancia dará audiencia por cinco días a las partes y tras esa audiencia resolverá por auto lo procedente, que puede determinar la improcedencia de la pretensión si la cláusula fuera abusiva.

La apreciación de oficio de la nulidad de una cláusula, nula o abusiva, puede decretarse aún en aquellos casos en que el demandado se haya allanado a la demanda pues afecta al interés general, ya que como señala la SAP Santa Cruz de Tenerife (4ª), de 26 de abril de 2006 (AC-860) esa apreciación de oficio viene determinada *"en virtud de la aplicación de la normativa protectora de los consumidores y usuarios y el art. 6.3 del CC que determina la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas, de modo que los órganos jurisdiccionales deben apreciar de oficio la nulidad aunque el demandado no la hubiera esgrimido en el momento procesal oportuno. Por ello el allanamiento no excluye el pronunciamiento de la sentencia respecto al carácter abusivo de la cláusula objeto de la litis"*. Esta sentencia también indica que avala esa decisión el hecho de que *"el allanamiento de los demandados sólo vincula en lo que estrictamente concierne a las materias sujetas al poder de disposición de las partes, pero no respecto de lo que implica una renuncia al interés general (art. 21 LEC)"*.

En el mismo sentido, la SAP Cantabria (2ª) de 28 de octubre de 2009 (AC-2010-143) admite el control de oficio en base a los siguientes argumentos:

1.- Legales: con cita del art. 10 bis LGDCU (hoy art. 82 TRLGDCU), que sancionan con la nulidad de pleno derecho las cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores, con lo que *“una nulidad así es apreciable de oficio por los tribunales siempre que todas las partes en el contrato hayan tenido oportunidad de defensa en juicio. La nulidad de pleno derecho reclama con naturalidad su aplicación de oficio por el juez a fin de lograr una efectiva protección del consumidor”*.

2.- Jurisprudenciales: cita la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SS de 26 de octubre de 2006-TJCE-299; y 4 de junio de 2009-TJCE-155) que establece la obligación de los jueces nacionales de apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas al decir: *“el juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello. Cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla salvo si el consumidor se opone”*.

En el mismo sentido cabe citar la STS1ª de 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088) que, después de establecer que el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio (que califica de *“herramienta imprescindible”* para conseguir esa efectividad), sino que impone a este el deber de intervenir (citando también la sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009), en su apartado 130 concluye que *“en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas, cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas”*.

9. La sentencia estimatoria: efectos sobre el contrato.

9.1. Consideraciones generales

Al existir un contrato que incorpora condiciones generales de la contratación no ajustadas a la legalidad, es decir, una contratación o al menos una apariencia de contratación, a falta de una voluntad concorde de las partes para modificar el contrato, se hace necesaria una *declaración judicial* de no incorporación expresa (un pronunciamiento de los tribunales) que decrete la ineficacia de tales condiciones generales, ineficacia que se ha de ajustar a alguno de los tipos clásicos de nuestro derecho patrimonial común.

El Capítulo II de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (arts. 7 a 10) identifica la no incorporación con la nulidad de las condiciones generales no incorporadas, y la consiguiente ineficacia de las mismas, y podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual (art. 9.1 LCGC). Con todo, parece evidente que la Ley de condiciones generales está dando un tratamiento único de nulidad o ineficacia a situaciones de no incorporación dispares como pueden ser una simple oscuridad frente a una falta de comunicación. Por otra parte, es preciso evitar una indefinida posibilidad de expulsar del contrato condiciones generales incluidas en el mismo, que puede estar cumplido total o parcialmente.

Por ello, más que de una nulidad radical o de pleno derecho, se adapta mejor a la no incorporación el instituto de la anulabilidad (arts. 1300 y sgtes. CC) o mejor la nulidad relativa, si tenemos en cuenta que las condiciones generales no pueden afectar a los elementos esenciales del contrato (precio y cosa o servicio); al tiempo, que se sanciona en el propio precepto citado (art. 9.1 LCGC) una *legitimación individual restringida* de pleno derecho; los efectos de la expulsión admiten alternativas lo que también la separa de la nulidad absoluta.

La interpretación anterior permite atribuir efectos distintos a los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas, como ya ha sido puesto de relieve por el TS al interpretar el art. 6.3 del CC. Así, la STS1ª de 18 de Junio de 2002 (RAJ-5224) dice que tal precepto debe ser interpretado, no con criterio rígido, sino flexible, ya que: *“no cabe admitir que toda disconformidad con una Ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de nulidad, y que el artículo 6.3 no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad, sino que ha lugar a clasificar los actos contrarios a la Ley en tres distintos grupos:*

1) Aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la Ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces, incluso de oficio;

2) Actos contrarios a la Ley, en los que ésta ordene, a pesar de ello, su validez, la cual, en cuyo caso, se reconocerá a estos actos contra legem;

3) Actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración alguna expresa sobre su nulidad o validez, respecto a los cuales el Juzgador debe extremar su prudencia, tras analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir: - con la declaración de la validez del acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja, - o la sanción de la nulidad si concurren transcendentales razones que patenticen al acto como gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público (SSTS de 28 de Julio de 1.986, 17 de Octubre de 1.987 y 29 de Octubre de 1.990)”.

En definitiva, los principios expresados pueden ser aplicados en los casos en que se ejercite la acción individual de la LCGC, tanto en el caso de lo

que con ella se pretenda sea la no incorporación de una cláusula al contrato como la nulidad de la misma.

9.2. Efectos de la declaración de no incorporación o de nulidad

La sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la *acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación* de condiciones generales, decretará la nulidad o la no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y *aclarará la eficacia del contrato* de acuerdo con el art. 10 LCGC, o declarará la nulidad del propio contrato, cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo que señala el art. 1261 del CC (art. 9.2 LCGC). Por lo expresado, solo habrá lugar a la ineficacia total del contrato cuando éste no pueda subsistir sin las cláusulas nulas, es decir, cuando su nulidad o no incorporación afecte a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del art. 1261 CC³⁴³.

El art. 9.2 LCGC habla de “*aclarar la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10*”, que se refiere a integrar el contrato sin atribuir facultades moderadoras al tribunal. Los efectos de la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas están previstos en el art. 10 LCGC, que establece un principio general: que no determinará la ineficacia *total* del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia (art. 10.1). También establece un principio subsidiario (art. 10.2): la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el art. 1258 del CC y disposiciones

³⁴³ Art. 1261. *No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º Causa de la obligación que se establezca.*

en materia de interpretación contenidas en el mismo Código Civil (arts. 1281-1289), en los términos antes señalados.

El art. 10.2 LCGC remite en materia de integración a lo dispuesto en el art. 1258 del CC y a las disposiciones del mismo cuerpo legal relativas a la interpretación de los contratos (arts. 1281 a 1289), como señalamos. El art. 1258 CC supone una amplia facultad integradora del tribunal (aunque es de notar que no atribuye expresamente al juez una facultad integradora), al imponer como obligatorio o exigible no sólo lo pactado por las partes de forma expresa, sino también las consecuencias que según la naturaleza del contrato sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

La remisión a las normas de interpretación contractual del Código Civil puede ser reiterativa o de reforzamiento si consideramos que los principios que las inspiran están recogidos también en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, al menos los más esenciales, como ya hemos indicado. La parte del contrato (o la condición general) afectada por la no incorporación o por la nulidad *se integrará* conforme a lo dispuesto en el art. 1258 del CC (art. 10.2 LCGC), con lo que el precepto acude al Código Civil y a las disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

No obstante, es criticable el dejar al absoluto arbitrio judicial las facultades de integrar el contrato parcialmente anulado y la aclaración de las propias cláusulas, sin necesidad de que se pida en la demanda, se discutan en el proceso y se sometan a contradicción esas cuestiones. En el ámbito del derecho procesal esa indeterminación afecta a principios básicos del proceso, como son los de audiencia y contradicción, que deben ser respetados al máximo al estar insertos en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24 CE).

Como vemos, en cuanto a los efectos de la estimación de la acción en la sentencia, la Ley 7/1998 resuelve la alternativa entre conservación del contrato y extensión de la nulidad dando un criterio legal, sin tratar de averiguar la voluntad de las partes en este sentido, que impone la conservación en lo posible y la consiguiente integración del contrato (art. 9 nº 2, en relación con el art. 10 LCGC). Esta consecuencia viene además reforzada por la aplicación del principio de conservación de los contratos que el TS toma en consideración no sólo como criterio interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS1ª de 15 de enero de 2013 -RAJ-2276- y 28 de mayo de 2014 -RAJ-3880-).

Dicho criterio, que exige de desplegar una actividad interpretativa del contrato y de la norma de nulidad, deriva de la exigencia de la Directiva 93/13/CEE. Ésta, en su art. 6.1, impone que los Estados miembros “*dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin la cláusula abusiva*”. Como ha señalado algún autor, este precepto de la Directiva “se limita a declarar la subsistencia del contrato, una vez eliminadas las condiciones generales de la contratación abusivas, pero sin mencionar los criterios de integración del mismo, por lo que entiende que tal laguna del legislador comunitario debe interpretarse como su voluntad de que sean los legisladores nacionales de los Estados miembros los que se encarguen de regular el modo en que ha de producirse la integración del contrato; habiendo optado nuestro legislador por encomendar la integración al tribunal encargado de decretar la ilegalidad de las condiciones generales de la contratación del contrato, integración que ha de efectuar en sentencia, con los criterios que señala el art. 10.2 de la LCGC”³⁴⁴.

Es significativa al respecto, la sentencia del TJUE de fecha 30 de abril de 2014 (TJCE-105) en donde se permite la aclaración o integración del contrato resultante incluso cuando del control de transparencia quede afectado un elemento

³⁴⁴ PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva Comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons Madrid 1998, p. 112.

esencial del contrato en los siguientes términos: “*El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional*”.

9.3. Efectos en caso de que el contrato no pueda subsistir

Cuando se den las condiciones de “*imposibilidad de subsistir*” el contrato sin las cláusulas anuladas, el art. 9.2 LCGC impone al tribunal el deber de declarar (“*decretará*“, dice el texto legal) la nulidad del contrato aunque ninguna de las partes lo haya pedido, en cuyo caso el predisponente, como responsable de la ineficacia, debe reparar el perjuicio causado y el tribunal tiene facultades para fijar una indemnización equitativa para el adherente.

Estamos ante una previsión legal de apreciación *de oficio* de la nulidad como consecuencia de la citada imposibilidad de subsistir el contrato sin la cláusula nula, sin que quepa hablar de incongruencia ni de indefensión de ninguna de las partes; pero, para ello, el objeto principal del pleito debe ser precisamente la nulidad, pues la declaración judicial de nulidad del contrato impone al Juez pronunciarse en la sentencia sobre si el contrato puede subsistir sin las cláusulas afectadas por la no incorporación o nulidad, y en definitiva *aclarar la eficacia del contrato* al pronunciarse sobre la validez o nulidad de una parte del mismo.

9.4. Casos de declaración de nulidad parcial

Admitida la posibilidad legal de declaración judicial de nulidad parcial del contrato, quedaría por delimitar la parte del contrato que puede ser declarada nula o no incorporada al mismo sin comprometer al resto, dada la facultad del tribunal de corregir la redacción de una cláusula y la conservación de lo pactado evitando la extensión de la nulidad. Tal delimitación no es en ningún caso lingüística o de redacción, sino jurídica o legal. En caso de que la nulidad derive de contravención directa de normas imperativas las consecuencias serán alguna de las siguientes:

a) Simple eliminación de la cláusula que se tiene por no puesta, siempre que no afecte a elementos esenciales del contrato.

b) Sustitución automática por lo que dispone la norma imperativa, al imponer ésta un modelo de regulación que no puede obviarse.

c) La reducción, cuando la imperatividad de la norma se ciñe a una cuestión de límites cuantitativos o temporales.

En principio será suprimible todo aquello que pueda ser suplido por el contenido de una norma, también lo será en los casos de reducción o supresión de elementos de una cláusula (plazos excesivos superiores a los legales, cláusulas penales, intereses elevados, etc.), que se deberán ajustar a los límites permitidos o que sean razonables de modo que no se vea afectado el necesario equilibrio de prestaciones, en esta línea será siempre referencia el contrato que esté tipificado en la Ley, cuando las partes hayan pactado algo distinto³⁴⁵, en base al carácter dispositivo de la regulación legal, que quede afectado por la nulidad parcial.

³⁴⁵ Como señala DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes [...]*, cit., p 80: El derecho dispositivo son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tiene una “función ordenadora”, por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente.

10. Cláusulas abusivas, la supresión de la facultad del tribunal para moderar e integrar el contrato en sentencia.

El art. 83 TRLGDCU, atribuía al tribunal la facultad moderadora e integradora del contrato tras declarar la abusividad o nulidad de alguna/s cláusulas, lo que comportaba una facultad discrecional no reglada. La sentencia del TJUE de fecha 14 de junio de 2012 (TJCE-143) entendió que España, al conceder esas facultades al tribunal, no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE. Por ello, la Ley 3/2014 de 27 de marzo ha dado nueva redacción al art. 83 TRLGDCU y suprimido esas facultades del tribunal.

La sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE-143) señala que los Estados miembros tienen la obligación de prever medios adecuados y eficaces “para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”. Y sobre esa premisa considera que, del tenor literal del apartado 1 del art. 6 de la Directiva 93/13³⁴⁶ los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. Por tanto, lo más adecuado a lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva, es despojar al juez nacional de la facultad de integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva, cuando éste declare la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, lo que en nuestro ordenamiento venía siendo una práctica habitual en aplicación del

³⁴⁶ Directiva 93/13 CE, art. 6: *1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.*

art. 83 TRLGDCU, pero según la sentencia contrario al citado art. 6.1 del Directiva³⁴⁷.

El art. 83 TRLGDCU, en su nueva redacción, establece: “*Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*”.

Con la nueva redacción el TRLGDCU se aparta de los criterios establecidos en la LCGC, artículos 9 y 10 antes comentados, con lo que se establece una normativa distinta cuando se trata de contratos con CGC en los que el adherente es un consumidor, que no admite integración (art. 83 TRLGDCU), de aquellos otros en los que el adherente no es consumidor a los que se aplica los arts. 9 y 10 LCGC que admiten la aclaración y la integración.

La Directiva 93/13, art. 6.1 citado, obliga al juez nacional a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin facultarles para modificar el contenido de la misma. Así se reconoce expresamente en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 30 de Mayo de 2013 (TJUE-145), pues se entiende que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos esa facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13, que no es otro que imponer a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y

³⁴⁷ La STS1ª de 9 de mayo de 2013 (RAJ-3088), apartado 273, aplica este criterio del TJUE y entiende que el art. 83 TRLGDCU se opone al art. 6.1 de la Directiva al atribuir al juez nacional la facultad de integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva declarada nula, contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor.

eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

La facultad moderadora debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. Esta discrepancia ha sido recientemente planteada de nuevo ante el TJUE como cuestión prejudicial por un tribunal español (Auto de fecha 16 de agosto de 2013, Juzgado de primera Instancia e Instrucción Sevilla/Marchena nº 2, AC-971).

En cuanto a la anterior facultad integradora del tribunal, ya expresaba la STS1ª de 3 de junio de 2008 (RAJ-4170), que el contrato también puede quedar integrado por la simple supresión de la cláusula nula o abusiva. En el caso de la sentencia se trataba de una compraventa en que la inmobiliaria se reservaba la facultad de desistir del contrato. La sentencia de la Audiencia había integrado el contrato en el sentido de condenar a la inmobiliaria a entregar a la compradora el duplo de la cantidad que ésta había pagado, manteniendo la facultad de desistimiento. El Tribunal Supremo casa la sentencia y establece que la cláusula de desistimiento unilateral es abusiva (art. 10 bis, 1 LGDCU) y por tanto nula (art. 10 bis, 2 LGDCU), hoy art. 82 TR, y el contrato no precisa ninguna otra integración, pues *“suprimida la cláusula abusiva el contrato de compraventa subsiste con plena legalidad y sin que exista un desequilibrio censurado por la ley”*.

Lo mismo ocurre en el caso de la SAP Tenerife (4ª) de fecha 3 de marzo de 2009 (AC-868), que declara abusiva y por tanto nula la cláusula que impone al comprador el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional vendedor, como es el caso del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos, en cuyo supuesto la mera supresión de la cláusula abusiva repara la ilegalidad y deja el resto del contrato válido.

Por último, el art. 67.2 TRLGDCU indica que las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas (arts. 82 a 91) serán aplicables cualquiera que sea la ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, cuando el mismo mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo³⁴⁸. Lo que en definitiva trata de evitar el fraude de Ley y dar mayor seguridad a los consumidores.

³⁴⁸ Este precepto, cuya última redacción procede de la Ley 3/2014 de 27 de marzo, dice lo mismo que el derogado apartado 3 del art. 10 bis LGDCU en la última redacción dada por la Ley 44/2006 de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Por ello en la nueva redacción, art. 67.2, también señala lo que ha de entenderse por "*vinculo estrecho*" con el territorio de un Estado miembro, que existirá "*cuando el profesional ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades*".

CONCLUSIONES.

I. La respuesta del legislador español a la contratación con condiciones generales.

Hemos tratado de exponer las soluciones que la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ha previsto, desde la perspectiva procesal y la influencia en la misma de los aspectos sustantivos, ante el fenómeno de la contratación en masa de bienes y servicios, que utiliza condiciones generales predispuestas con vistas a que las mismas constituyan un contenido uniforme de una pluralidad de contratos a celebrar, bien con consumidores finales o bien con empresarios y profesionales que carecen de la posibilidad de modificar dicho contenido y sólo se les permite adherirse al mismo.

Estamos ante la primera respuesta de la legislación española en la materia, a diferencia de otros países que, como hemos señalado, desde hace años cuentan con concretas respuestas legislativas al tema. Debemos concluir señalando algunos efectos positivos de la respuesta en lo procesal y sustantivo del legislador español:

1.- Es positivo que el legislador asuma y trate de regular por primera vez un hecho irreversible: los contratos en masa con cláusulas predispuestas por la parte contratante con una posición más fuerte, que se imponen a la parte con una posición más débil que carece de posibilidad alguna o muy escasa de modificar su contenido, al que presta un consentimiento por adhesión, dirigida fundamentalmente a las cláusulas accesorias o complementarias del contrato, pues los elementos principales (precio, cosa o servicio) suelen quedar fuera de tal regulación al constituir la base económica de un mercado de libre fijación de precios, salvo excepciones puntuales como los contratos de Seguro donde el precio se fija en función de los riesgos que se aseguran. No obstante, las tendencias actuales tratan de que no se excluyan esos elementos principales del contrato con condiciones generales, al menos en el control

de transparencia de los mismos, sobre la base de que no existe ninguna prohibición legal expresa al respecto, lo que es puesto de relieve por los tribunales en un esfuerzo de interpretación extensiva en el control de tales condiciones generales que les encomienda el legislador.

2.- La asunción de esa nueva forma de contratar supone, por un lado, un vuelco notable en los principios que rigen la teoría clásica del derecho de obligaciones y contratos, prevista para casos y situaciones muy distintas a la contratación en masa. Estamos ante una limitación del derecho dispositivo que tienen reconocido los particulares en el ámbito de la contratación civil y mercantil, y en suma una limitación adicional al principio de autonomía de la voluntad o libertad de contratación (art. 1255 CC), pilar sobre el que se ha construido la teoría contractual clásica; aunque tal limitación viene exigida al no ser ya “*los contratantes*” los que establecen los “*pactos*”, como señala dicho precepto del Código Civil, sino “*uno sólo*” de los contratantes el que los predispone e impone.

A partir de ahí, por otro lado, es obvio que se hace necesario que el legislador establezca “*controles*” (que en nuestro Derecho se ha optado porque sean jurisdiccionales) de esa manifestación de voluntad tendentes a evitar el abuso, el desequilibrio de prestaciones y, en definitiva, la imposición de la voluntad del más fuerte. Sin la superación de esos “*controles*” no es admisible conceder una *tutela efectiva* a esa voluntad contractual básicamente unilateral. Ya no se trataría de averiguar por el tribunal la verdadera voluntad de las partes a la hora de pactar el contrato, pues no existe voluntad convergente de las mismas, sólo existe la voluntad del predisponente que es lo que reflejan los pactos del contrato, se trataría de valorar jurídicamente un determinado texto del contrato y determinar si se adapta a la normativa específica en la materia.

3.- Por otro lado, el dar protección o tutela a esas nuevas manifestaciones contractuales supone también *modificar los principios básicos del derecho procesal*,

a fin de conceder una tutela judicial efectiva derivada del principio establecido en el Código Civil (art. 1091) de que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes que los otorgan y puede exigirse su cumplimiento en vía judicial a tenor de los mismos.

Sobre esa base se había establecido una tutela procesal en que lo decisivo era el pacto libremente convenido por las partes, del que partía la *legitimación* para accionar y exigir lo pactado, la decisión sobre la totalidad del contrato respecto a su validez o no, en definitiva su exigibilidad, y finalmente cumplir lo decidido en sentencia en base a que sólo podía afectar a las partes contratantes y nunca a terceros, sin legitimación que derivara del mismo contrato objeto de la contienda concreta.

Al faltar ese consentimiento mutuo, al extenderse las mismas cláusulas a un número variable de contratos, incluso de difícil definición o concreción, es como si estuviéramos ante un *único* contrato (el del predisponente) con múltiples sujetos o afectados por el mismo, a lo que se une que el derecho sustantivo establezca criterios, de obligada observancia a la hora de decidir los procesos, que limiten el derecho dispositivo de los particulares, impongan “*controles*” de distinto tipo o señalen criterios no sólo para considerar incluida una cláusula determinada sino para, una vez incluida, determinar si es válida o nula, si es abusiva o no, y los efectos que ha de tener esa validez o nulidad y a quiénes ha de afectar.

También obliga el control a pronunciarse sobre si el contrato se ha de declarar subsistente supliendo sus lagunas con el recurso a las facultades integradoras que se conceden al tribunal, o si pese a esas facultades es imposible su subsistencia, y en ambos casos las consecuencias económicas que se derivan de esa situación de validez o invalidez total o parcial.

4.- Todo ello exige una clara reformulación de los principios procesales clásicos en materia de tutela judicial y se hace preciso abrir nuevos “*cauces*” (como indica la exposición de motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que antes señalamos) tendentes a dar protección o tutela a la nueva situación creada, forzando incluso el sentido tradicional de las instituciones del derecho procesal.

De ahí que el control jurisdiccional se integra no sólo por normas estrictamente procesales sino también por una formulación concreta de normas de carácter más sustantivo de obligada observancia en la resolución del proceso, incluso con definición normativa de una lista de cláusulas que se califican de nulas “*en todo caso*” por el propio legislador que limita las facultades interpretativas del tribunal que conoce el asunto. La necesaria aplicación conjunta de ambos tipos de disposiciones conforma el control jurisdiccional de las condiciones generales de la contratación.

5.- A lo anterior hay que añadir el impulso que viene de la CEE, que trata de armonizar las diferencias considerables entre las legislaciones de los Estados miembros. En este sentido la Directiva 93/13/CEE si bien no menciona las condiciones generales, pues se refiere a cláusulas abusivas en contratos con consumidores, es evidente que cuando las condiciones generales se utilizan en contratos con consumidores finales (caso más común) están incidiendo en la normativa prevista en dicha Directiva, donde los nuevos principios sustantivos y procesales citados están insertos en la letra y espíritu de la misma.

II. La opción codificación frente a ley especial.

Desde una perspectiva de política y técnica legislativa y sistemática, en la actualidad, tenemos dos respuestas distintas del legislador:

a) Una respuesta desde el punto de vista sustantivo, que se contiene en lo que queda vigente de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998 de 13 de abril) después de las derogaciones producidas por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (disp. derogatoria única nº 2 apartado 15º);

b) Una respuesta más reciente desde el punto de vista procesal, que se contiene básicamente en la Ley 1/2000 de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil (incluyendo la modificación de la Ley 39/2002 y otras posteriores citadas, que afecta al tema), con el complemento de los arts. 12, 13, 16, 17 y 19 LCGC citada.

La primera de las respuestas sigue la técnica o el recurso legislativo de la *Ley Especial* y la segunda sigue la de la *Codificación*, es decir, desde el punto de vista procesal la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil tiene una clara dimensión codificadora tratando de desterrar las reglas procesales especiales que se venían estableciendo en leyes especiales.

El apartado III de la Exposición de Motivos (EM) de la LEC justifica la necesidad de una Ley procesal nueva, huyendo del “*método de las reformas parciales*“, para “*procurar acoger y vertebrar, con radical innovación*”, los nuevos planteamientos de una justicia rápida y eficaz. Sigue diciendo que debe ser aprovechada la experiencia jurídica de la codificación de más de un siglo, pero que se necesita un “*Código procesal civil nuevo, que supere la situación originada por la prolija complejidad de la Ley antigua y sus innumerables retoques y disposiciones extravagantes*”. Indica que es necesaria una Ley de Enjuiciamiento Civil que “*afrente y dé respuesta a numerosos problemas de imposible o muy difícil resolución con la ley del siglo pasado*”.

Parte la nueva LEC del respeto a los “*principios, reglas y criterios de perenne valor*”, pero trata de acometer las transformaciones sociales, que evidentemente se han producido, huyendo del sistema seguido a lo largo de muchos

años de introducir “*reglas procesales especiales en las modernas leyes sustantivas*”. Más adelante, en el apartado VII, la EM se refiere al modo en que la Ley de Enjuiciamiento Civil aborda “*la realidad de la tutela de intereses jurídicos colectivos*”, cuando son llevados al proceso no ya por quien se haya visto lesionado directamente y para su individual protección, o por “*grupos de afectados*“, “*sino por personas jurídicas constituidas y legalmente habilitadas para la defensa de aquellos intereses*”.

Esa *realidad*, mencionada mediante la referencia a los consumidores y usuarios, recibe en la Ley procesal una respuesta tributaria e instrumental de lo que disponen y puedan disponer en el futuro las normas sustantivas acerca del punto, controvertido y difícil, de la concreta tutela que, a través de las aludidas entidades se quiera otorgar a los derechos e intereses de los consumidores y usuarios en cuanto colectividades. Como cauce para esa tutela no se considera necesario un proceso o procedimiento especial y sí, en cambio, “*una serie de normas especiales en los lugares oportunos*”.

En esta línea, la actuación procesal de las personas jurídicas y de los grupos se hace posible sin dificultad en cuanto a su personalidad, capacidad y representación procesales. Se establece una norma previsor de la “*singular legitimación*” de dichas entidades, e incluye en los lugares adecuados otros preceptos sobre: “*llamamiento al proceso*” de quienes, *sin ser demandantes*, puedan estar directamente interesados en intervenir; “*acumulación de acciones y de procesos*”; y “*acerca de la sentencia y su ejecución forzosa*”. Justifica la “*amplitud de la intervención procesal prevista*” con carácter general, en que ello permite desechar una “*obligatoria acumulación inicial de demandas*”, con el retraso a que obligaría en la sustanciación de los procesos, retraso que con mucha frecuencia impediría la *efectividad* de la tutela pretendida.

En lo relativo a la *“eficacia subjetiva de las sentencias”*, se dispone que el tribunal *“indicará la eficacia que corresponde a la sentencia”* según su contenido y conforme a la tutela otorgada por la ley sustantiva vigente protectora de los derechos e intereses en juego; con ello queda abierta a las *“modificaciones y cambios que en las leyes sustantivas puedan producirse respecto a dicha protección”* colectiva de los consumidores y usuarios.

Asimismo se opta por no exigir caución previa ni regular de modo especial la condena en costas en los procesos de referencia.

Por último, en el apartado XII de la misma exposición de motivos, se justifica los dos procesos que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil para la tutela declarativa (ordinario y verbal) sobre la base de simplificar los cauces procesales de muchas y muy diversas tutelas jurisdiccionales, sin prescindir de particularidades justificadas, tanto por lo que respecta a presupuestos especiales de admisibilidad como en lo relativo a ciertos aspectos del procedimiento mismo. Termina diciendo que *“lo exigible y deseable no es unificar a ultranza, sino suprimir lo que resulta innecesario y, sobre todo, poner término a una dispersión normativa a todas luces excesiva”*. Y sin cerrar el paso a disposiciones legales posteriores fija como *objetivo “procurar que los preceptos que esta Ley contiene sean, por su previsión y flexibilidad, suficientes para el tratamiento jurisdiccional de materias y problemas nuevos”*.

A nuestro entender, en estas expresivas consideraciones de la exposición de motivos están los cimientos de toda codificación, y se concretan los principales efectos positivos de la misma (evitar la dispersión normativa, suprimir lo innecesario, previsión y flexibilidad de sus normas para el futuro que puedan dar respuesta a materias y problemas nuevos), lo que no es incompatible con leyes posteriores y especiales, pero éstas últimas han de reunir dos premisas: que no se

puedan integrar en lo codificado, y que por ello la nueva regulación separada sea absolutamente imprescindible.

Frente a estos criterios, desde el referido punto de vista sustantivo, la respuesta legislativa va en sentido contrario a la seguida en lo procesal, y se da una respuesta en camino inverso a la codificación: se opta por la *ley especial* con remisiones al Código Civil, incluso en muchos casos con reproducción de los principios que se contienen en el propio Código Civil. Las propias remisiones nos están indicando el lugar adecuado de ubicación, camino por el que se inclinan los más recientes trabajos que abordan el problema como el Proyecto citado de la Comisión General de Codificación en su propuesta de modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, publicado en el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia correspondiente al mes de enero de 2009, que incluye un tratamiento específico de las condiciones generales de la contratación dentro del Código Civil.

Esta propuesta de reforma destaca que en países que sirvieron de pauta a la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, como Alemania, se vuelve al sistema de codificar, como hemos descrito en el capítulo primero de este trabajo. Con lo cual, por una parte, el legislador no contempla en el momento que se elabora la Ley 7/1998 los criterios codificadores que va utilizar más tarde en lo procesal y, por otra parte, sigue caminos (la ley especial) que han pasado a ser desechados por los propios legisladores foráneos que le sirvieron de modelo, sin que además el hecho de incorporar una Directiva Comunitaria (la 93/13/CEE) imponga u obligue a seguir una técnica legislativa concreta, pues no olvidemos que países como Italia incorporaron esa misma Directiva por el sistema de modificar su Código Civil, como también hemos señalado.

Ante esas respuestas distintas en lo procesal y sustantivo, somos decididos partidarios del *criterio seguido en lo procesal*, o sea, la opción por la codificación y

la supresión de leyes especiales. Lo cual tiene más sentido todavía en lo sustantivo pues las remisiones a los principios y esquemas del Código Civil son constantes, ya sea de forma expresa (p.ej. arts. 6.3, 9.1 y 10.2 LCGC) o tácita (transcribiendo sus principios: buena fe, protección del contratante no redactor de las condiciones generales al que no perjudica la oscuridad de las mismas, etc.), como se ha reflejado a lo largo de este trabajo.

Por otro lado, es evidente que se debe evitar la tendencia a crear un sistema contractual de “*clases*” (consumidores, profesionales, trabajadores o cualquier otro gremio) con abiertas desigualdades. El derecho contractual debe ser básicamente el mismo para todos, al menos en sus principios esenciales, sin perjuicio de que se prevean mecanismos para evitar el desequilibrio de las prestaciones y se exija en todo caso la claridad, facilitar el conocimiento o cognoscibilidad de lo que se pacta y la transparencia, presidido todo por el denominador común de la *buena fe* que debe exigirse y existir en la base de toda relación jurídica.

Y todo ello debe hacerse en el marco del Código Civil donde se han recogido y asentado desde hace más de cien años todos esos principios, sin privar a ese texto legal de las puestas al día que precise para revitalizar sus normas y recoger y regular las nuevas figuras contractuales que imponen los nuevos tiempos, pero sin quebrar la pauta de que sea la columna vertebral del derecho privado, minando poco a poco esa pauta con leyes especiales de difícil justificación e innecesarias en muchos casos, pues el derecho privado no debe seguir los pasos al derecho administrativo, máxime en momentos en que esta rama del derecho sigue echando en falta la codificación que nunca tuvo.

III. Alternativa: control judicial frente al control administrativo.

En España, la opción seguida para la transposición de la Directiva 93/13/CEE, como se ha indicado, fue la elaboración de una Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en la que a la vez se modifica la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en lo necesario para contemplar las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. Busca la Directiva una armonización parcial de las “legislaciones nacionales” al configurarse como una Directiva de *mínimos*, que no impide que cada Estado opte por establecer unos criterios de protección mayor del consumidor contra los abusos.

Nos interesa ahora volver a destacar el penúltimo Considerando de la Directiva citada, en el que propugna que “*las personas u organizaciones*” con interés legítimo en la protección del consumidor deben poder presentar “*un recurso*” contra las cláusulas contractuales redactadas con vistas a su utilización general en los contratos celebrados con consumidores, en especial las cláusulas abusivas, ya sea ante un *órgano judicial o ante una autoridad administrativa con competencia para decidir sobre las demandas o para emprender las acciones judiciales adecuadas*; y que esta facultad no supone el control sistemático previo de las condiciones generales utilizadas en tal o cual sector económico. Posteriormente la Directiva, en el último Considerando, dice que los órganos judiciales y *autoridades administrativas* deben contar con *medios apropiados y eficaces* para poner fin (cese) al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Estos principios se trasladan al artículo 7 de la Directiva que añade un último número, el tres, en el que indica que los “*recursos*” (a los órganos judiciales o administrativos) mencionados en el número anterior, “*podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares*”.

De las dos posibilidades que permite la Directiva, el legislador español se decanta exclusivamente, como indica la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, porque el *control de validez* de las condiciones generales tan sólo corresponde a *jueces y tribunales*, con lo que *opta por la vía jurisdiccional* y más en concreto por la jurisdicción civil.

Por otra parte, el objetivo de la Directiva (art. 7) es claro: la instauración de “*medios adecuados y eficaces*” para que “*cese el uso de cláusulas abusivas*” o “*cese la aplicación de dichas cláusulas*”. No tiene como objetivo que las personas u organizaciones que tengan interés legítimo en la protección de consumidores puedan acudir a órganos judiciales o administrativos en demanda de los intereses de consumidores particulares concretos, eventualmente dañados como consecuencia de la cláusula cuyo cese se interesa.

Ante los planteamientos de la Directiva que se acaban de resumir, la pregunta que surge es si el legislador español ha seguido la vía adecuada al decantarse *exclusivamente por la vía judicial* para obtener el cese del uso y aplicación de las cláusulas abusivas, y más en concreto en la materia que es más conflictiva del ejercicio de las acciones colectivas. O bien, preguntarnos si, por el contrario, hubiera sido más conveniente relegar esa actuación a la vía administrativa, o incluso combinar ambas vías de tal forma que la vía administrativa sirviera de filtro para que no accedieran a la vía jurisdiccional más que cuestiones de cierta envergadura o especial trascendencia.

Y como corolario de lo anterior, surge la pregunta de si, a pesar de haber optado por la vía jurisdiccional, la protección en ésta vía exigía la instauración de una tutela judicial tan “*especial*” o incluso “*privilegiada*” como la que se ha concedido por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y consagra o confirma la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

La respuesta a las preguntas que se acaban de formular debe partir de tener clara una cuestión previa, cual es si la protección del consumidor en materia de contratación exige o no de privilegios especiales en la tutela judicial desde un punto de vista procesal y si esa tutela se compagina con los principios esenciales que han de regir todo proceso, en especial el de igualdad de las partes. En principio, debemos señalar que la protección y defensa de los consumidores, que el art. 51 de la CE encomienda a los poderes públicos, no requiere normas especiales en vía jurisdiccional o procesal, pues es un mandato que se puede activar en vía administrativa, carácter que tienen gran parte de las normas dictadas hasta ahora en materia de consumo.

Por ello, en esa línea que marca la Constitución hubiera sido más conveniente que en materia de condiciones generales abusivas y por lo que respecta a las acciones colectivas, las cuestiones a dirimir también tuvieran o contaran con un procedimiento ante la Administración sin tener que recurrir a la vía judicial, hoy única posibilidad. Lo que permitiría a la vez coordinar los esfuerzos que en materia de consumo realizan las Administraciones Central, Autonómica y Local, con competencias en la materia, pues las tres administraciones podrían integrar ese órgano administrativo encargado de dirimir las cuestiones que surgiesen.

Por otro lado, en la actualidad y dada la configuración de las entidades legitimadas para el ejercicio de las acciones colectivas (las del art. 16 LCGC, exceptuando al Ministerio Fiscal), no puede hablarse de un desequilibrio tan grande entre los medios del “predisponente” y los de esas entidades que defienden los intereses superiores “colectivos” o “difusos” en materia de consumo. Siendo evidente que puede ser justificable algún privilegio procesal a favor de un consumidor persona física e individual (a pesar de que cada día tiene más medios a su alcance de información y asesoramiento que limitan las diferencias, facilitados por las propias Asociaciones de Consumidores y por las Administraciones citadas),

pero sería de difícil justificación establecer privilegios a favor de las referidas entidades que tienen medios suficientes para que no precisen de privilegio alguno.

Establecidas esas premisas, se hace difícil justificar algunas de las especialidades procesales que hemos dejado señaladas a lo largo de este trabajo, por ejemplo: la excesiva extensión del contenido de las acciones colectivas en lo que se refiere a la posibilidad de indemnizar a personas que no han sido parte en el proceso, máxime cuando la Directiva tenía como objetivo el “cese” de la aplicación de la cláusula abusiva, no establecer mecanismos indemnizatorios.

Iguals dudas suscita la legitimación activa tan extensa que ya tenía el citado art. 16 LCGC (que extiende más la nueva redacción de este precepto dada por la Ley 39/2002), que incluso había ampliado la vigente LEC (art. 11, en relación con art. 6.1 nº 7º, art. 15, y disp. final 6ª nº 4 y nº 5), en una clara derogación del principio general de que sean considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como *titulares* de la relación jurídica u objeto litigioso (art. 10.1 LEC).

También tiene una justificación problemática el dejar al absoluto arbitrio judicial las facultades de integrar el contrato parcialmente anulado y aclarar sus eficacia, sin necesidad de que se pida en la demanda, se discuta en el proceso y se someta a contradicción esa cuestión.

Es igualmente delicado el tema de los efectos ultra partes de las sentencias (art. 221 LEC) que decida el tribunal, e incluso la posibilidad de que una vez dictada sentencia, en fase de ejecución, se puedan “incorporar” a dicha ejecución quienes no fueron parte en el juicio (art. 519 LEC) sin fijar limitaciones a esa facultad.

Todas esas cuestiones es evidente que han forzado considerablemente principios básicos del Derecho procesal, con el argumento principal de que “*lo establece la Ley*”, pero sin que responda a exigencias o necesidades reales que no se

hubieran podido proteger por la vía administrativa sin tener que forzar la vía jurisdiccional. Porque si bien es cierto que, por ejemplo, la legitimación extraordinaria del art. 16 LCGC y concordantes citados, ya estaba reconocida, en parte, por la Ley Orgánica del Poder Judicial como consecuencia de ser la vía judicial la única admitida y regulada, no se puede decir que la Constitución Española (art. 51) exija esa legitimación extraordinaria pues, como dijimos, el mandato de la Constitución se puede cumplir sin necesidad de forzar los principios del proceso y sobre la base de las facultades atribuidas a la propia Administración Pública, teniendo en cuenta además que el ejercicio de las acciones individuales del consumidor nunca ha sido limitado ni se propone su limitación.

Por lo indicado, nos parece que la opción exclusiva de la vía jurisdiccional deberá ser moderada en el futuro, y sustituida en gran parte por una tutela en vía administrativa, que permite un control a priori de las condiciones generales de la contratación, antes de que se inicie su utilización. Máxime en un sistema como el nuestro en que los tribunales están especialmente saturados de trabajo y el dar una respuesta rápida a las peticiones planteadas por el consumidor o sus asociaciones se hace difícil; rapidez que es de gran importancia en este terreno de la actividad comercial en que la contratación se realiza con especial celeridad, al igual que la utilización de los bienes y servicios, y teniendo en cuenta que el control judicial siempre se produce a posteriori, es decir, cuando el contrato se ha pactado.

De seguirse esos criterios, y si se opta por un control mixto en vía administrativa y judicial, el modelo de control en vía administrativa para el ejercicio de las acciones colectivas pueden ser varios: los que van desde los Tribunales Económico-Administrativos hasta los que siempre han existido en materia de Transporte (Juntas de Detasas, Juntas Arbitrales) y Defensa de la Competencia, ya que en nuestro derecho han proliferado los llamados “*tribunales administrativos*”. Al sistema elegido (tribunal administrativo) se le pueden traspasar las funciones del

Registro de Condiciones Generales y la función sancionadora en vía administrativa que prevé el art. 24 LCGC.

Con todo debemos destacar algunos beneficios de la voluntad de erradicar las cláusulas abusivas de los contratos con condiciones generales y del control judicial de las mismas. En los últimos años el más sobresaliente es la pérdida de rigidez del proceso de ejecución de títulos no judiciales y de ejecución hipotecaria, tanto judicial como extrajudicial. El hecho de que se haya incluido entre las causas de oposición a la ejecución la existencia de cláusulas abusivas en los contratos que sirven de título al despacho de ejecución con la consiguiente suspensión del proceso hasta que se dirima esa cuestión e incluso con posibilidad de recurrir en apelación lo que se resuelva en la instancia, supone un avance procesal muy considerable para la defensa del ejecutado frente a la rigidez anterior de imposibilidad de alegar esa causa de oposición, no suspensión de la ejecución y obligar al ejecutado a defender sus derechos en el correspondiente proceso declarativo que, cuando se resolviera, nada podía hacerse para recuperar los bienes subastados, salvo una eventual indemnización monetaria. Es evidente que sin el impulso que ha venido a dar la normativa europea a la protección del consumidor adherente frente a las cláusulas abusivas y el amparo que ha dado a esa protección el TJUE, según dejamos comentado en este trabajo, no hubiera sido posible la flexibilización expresada del proceso de ejecución, flexibilización que consideramos justa y además necesaria para la protección de los derechos de la parte más débil del contrato.

IV. Sobre los criterios relativos a jurisdicción y fuero.

1. La competencia objetiva de los Juzgados de lo mercantil.

Ley Orgánica 8/2003 de 9 de julio atribuyó a los Juzgados de lo mercantil la competencia para conocer de las acciones relativas a condiciones generales de la

contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, con la justificación genérica de la complejidad de la realidad social y económica de nuestro tiempo.

En este tema entendemos que si la complejidad social aconseja atribuir el conocimiento de los procesos sobre condiciones generales de la contratación a los Juzgados de lo Mercantil debe hacerse correctamente y atribuir también a esos Juzgados la competencia en materia de consumo, es decir, las relaciones contractuales a las que se aplica la LGDCU, máxime cuando la Disposición Final Sexta nº 5 de la LEC dispuso equiparar en lo procesal a todo adherente con los consumidores y usuarios respecto a la aplicación de sus normas sobre estos últimos.

Según la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2003, como justificación para atribuir la competencia en materia de condiciones generales de la contratación a los juzgados de lo mercantil, *“la complejidad de la realidad social y económica de nuestro tiempo y su repercusión en las diferentes ramas del ordenamiento aconseja avanzar decididamente en el proceso de la especialización”* de los órganos jurisdiccionales. No parece una fundamentación de peso y adecuada pues es preciso ponderar los perjuicios y problemas que pueden surgir de la división entre juzgados ordinarios y mercantiles del derecho de obligaciones y contratos.

El objetivo deseable debe ser que las normas de la contratación con condiciones generales se integren en el Código Civil y no constituyan un espacio contrapuesto a la contratación general, lo que nos volvería a separar de la tendencia a lograr la codificación hacia la que caminan las legislaciones de nuestro entorno que mencionamos en el capítulo primero de este trabajo. Si el conocimiento de esas cuestiones se atribuyen a tribunales distintos es el camino seguro para que la integración no se produzca. Por lo expresado, somos partidarios de que las obligaciones y contratos privados, incluidos los de adhesión con condiciones generales, deben estar regulados en el Código Civil, en base a las razones

expresadas en la conclusión II, y por ello la competencia debe ser atribuida a los Juzgados civiles ordinarios.

En definitiva, sería conveniente mantener la unidad de tratamiento procesal en materia de condiciones generales de la contratación y atribuir la competencia para conocer de esas acciones a los tribunales civiles ordinarios tanto en el caso de que el adherente sea un consumidor como en el caso de que no lo sea y las condiciones abusivas o nulas cuestionadas lo sean en base a la LCGC como en base al TRLGDCU.

El criterio que se acaba de señalar parece que también ha sido considerado por el legislador, al menos parcialmente, ya que la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de Julio, en vigor desde 1-10-2015, modifica la LOPJ (Ley 6/1985 de uno de julio) y en concreto, entre otros, modificó el art. 86 ter nº 2 apartado d), fijando un nuevo criterio que distribuye la competencia entre los juzgados de primera instancia y los juzgados mercantiles en materia de condiciones generales de la contratación. En su redacción actual, como ya señalamos (capítulo VI) el precepto atribuye la competencia a los Juzgados de lo Mercantil respecto de: “d) *Las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios*”. Con ello excluye de la competencia de estos juzgados las acciones individuales que, obviamente pasarán a competencia de los juzgados de primera instancia.

Tras la nueva modificación legal, las acciones individuales de la LCGC pasarán a conocimiento de los juzgados de la jurisdicción civil ordinaria, mientras que se unifica el tratamiento de las acciones colectivas de la LCGC y las acciones colectivas del TRLGDCU, y quedan las acciones colectivas que regulan ambas normativas de conocimiento de los juzgados de lo mercantil.

La opción última de atribuir a los tribunales mercantiles no solo el conocimiento de las acciones colectivas de la LCGC sino también las acciones colectivas del TRLGDCU, evita las disfunciones que antes existían y hemos apuntado pues la situación anterior de división entre los juzgados mercantiles (acciones colectivas de la LCGC) y los juzgados civiles ordinarios (acciones colectivas del TRLGDCU) tenía escasa justificación. La nueva opción va más en la línea indicada de que las normas de la LCGC y las normas del TRLGDCU en materia de consumo no tengan que aplicarse por juzgados distintos.

Tras la última modificación normativa de la LOPJ por la LO 7/2015, que atribuye el conocimiento de las acciones individuales de la LCGC a los juzgados de primera instancia, se produce una aproximación al objetivo deseable de que las normas de la contratación con condiciones generales se integren en el Código Civil y no constituyan un espacio contrapuesto a la contratación general, lo que nos volvería a separar de la tendencia a lograr la codificación hacia la que caminan las legislaciones de nuestro entorno.

Además, abre la esperanza a la codificación el Anteproyecto de la Comisión General de Codificación sobre modificación del Libro IV del Código Civil en materia de obligaciones y contratos que mencionamos en ese capítulo, donde se integran las condiciones generales de la contratación en ese Libro IV del Código Civil que es lo que a nuestro juicio procede, aunque no sea más que un anteproyecto. Si ese criterio se consolida, la consecuencia lógica es atribuir a los juzgados de primera instancia la competencia para conocer de las cuestiones que deriven de tales contratos, sin que nos parezca justificada la decisión anterior del legislador de atribuir a los juzgados mercantiles el conocimiento de todas las acciones (colectivas e individuales) derivadas de la LCGC, ni la última decisión de dividir esas acciones y atribuir a los juzgados mercantiles las acciones colectivas y a los juzgados de primera instancia las acciones individuales de la LCGC.

No da el legislador ninguna razón de peso del nuevo criterio de atribución entre juzgados civiles y mercantiles. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2015 no dice nada respecto a la justificación del nuevo criterio, ni sobre la permanencia de la atribución a los juzgados mercantiles del conocimiento de las acciones colectivas, tanto de las que regula la LCGC como la regulada en el TRLGDCU. Tratando de buscar alguna justificación para el nuevo criterio se podría acudir a que en las acciones colectivas no es parte en el proceso el adherente, que no está legitimado para promoverlas, sino las personas o entidades limitadas que señalan las respectivas normativas que las regulan, con lo que al final el proceso no se pronuncia sobre un contrato determinado sino sobre una pluralidad de contratos (control abstracto), con el fin de eliminar del mercado las cláusulas abusivas y esa protección final del mercado debe ser de competencia de los jueces mercantiles. Esa posible justificación, a nuestro entender, no debe hacernos olvidar lo dicho anteriormente que, en definitiva, estamos hablando de cláusulas contractuales, cuya naturaleza contractual no se discute, y la competencia para dirimir su legalidad debe ser atribuida a los juzgados de primera instancia al igual que los demás contratos.

El nuevo criterio de división entre juzgados civiles y mercantiles afecta también a la competencia funcional para resolver los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia. Así en los casos en que conoce en la instancia el Juzgado de lo Mercantil, se atribuye la competencia funcional a las secciones especializadas de lo mercantil de las Audiencias Provinciales, cuya especialización fue establecida por la Ley 8/2003 al dar nueva redacción al apartado 2 del art.82 LOPJ. La Ley Orgánica 7/2015 dio la redacción actual al art. 82.2 nº 2º LOPJ, a fin de dar congruencia al nuevo criterio de atribución a los juzgados de primera instancia el conocimiento de las acciones individuales y a los juzgados mercantiles el conocimiento de las acciones colectivas en la forma antes detallada. Establece la nueva redacción del precepto, que en materia de condiciones generales “estas Secciones especializadas conocerán también de los recursos que establezca la

ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de primera instancia en los procedimientos relativos a concursos de personas físicas y a *acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación*”, lo que constituye una excepción en la atribución de la competencia funcional. Con ello, entendemos, que trata de unificar criterios en la resolución de los litigios en materia de condiciones generales, criterios distintos que podrían surgir al dividirse la competencia entre los juzgados mercantiles (para acciones colectivas) y los de primera instancia (para acciones individuales) tras la reforma de la LO 7/2015 antes referida.

2. Sobre la competencia territorial.

El diferente tratamiento en esta materia entre las acciones colectivas e individuales en los procesos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, resulta un tanto contradictorio pues mientras para el ejercicio de las acciones individuales rige como fuero el domicilio del actor, para las colectivas se establece un domicilio principal y dos subsidiarios del demandado (art. 52.1 apartados 14º y 16º LEC) , según se ha detallado en este trabajo, sin que exista una justificación adecuada ya que las entidades que ejercitan las acciones colectivas son las que señala el art. 16 LCGC que tratan de velar por la defensa del mercado eliminando del mismo las condiciones generales de la contratación nulas o abusivas básicamente.

En las acciones colectivas el demandado suele ser una empresa o profesional de cierta importancia a cuyos intereses, dado el número importante de contratos que realiza, conviene recurrir a las condiciones generales, lo que hace que carezca de justificación asignarle un fuero imperativo que le proteja. El predisponente en estos casos no puede considerarse la parte débil de la relación procesal normalmente, que requiera evitar una desigualdad procesal. La utilización de posibles condiciones generales de la contratación nulas o abusivas en el propio beneficio tampoco justifica la asignación de unos fueros inderogables.

Por lo indicado, sería conveniente equiparar en esta materia los fueros de las acciones colectivas e individuales asignando a todas ellas el domicilio del actor, sin perjuicio de que éste prefiera ejercitar la acción en el domicilio del demandado como fuero general de la LEC.

Tampoco tiene justificación que en estos procesos se impida la sumisión tácita del art. 56 LEC, pues el señalar los fueros establecidos como no disponibles no obedece a ningún bien concreto necesitado de especial protección, según se ha señalado al tratar esta materia.

V. Sobre las acciones colectivas.

Las acciones colectivas ejercitadas por las personas y entidades habilitadas legalmente para ello, no vinculadas directamente con la titularidad de la relación jurídica u objeto litigioso, son una de las novedades más importantes que ha irrumpido en el Derecho procesal en los últimos años, dando lugar a procesos de considerable notoriedad al estar en juego intereses colectivos que afectan, normalmente, a un importante número de personas. Ello ha motivado ya una línea jurisprudencial de las Audiencias Provinciales que, en parte, hemos transcrito al comentar dichas acciones, en la que se empieza a profundizar en sus aspectos más significativos. También han sido decisivas las aportaciones en esta materia del Tribunal Supremo y del TJUE, algunas de cuyas sentencias han sido también reseñadas y comentadas.

Como resumen del estudio limitado de esas acciones, en lo que afectan a este trabajo, podemos señalar algunas consideraciones:

1.- En primer lugar, existe ya una proliferación considerable de acciones colectivas de cesación reguladas en Leyes especiales: además de las estudiadas en

los capítulos anteriores (art. 53 TRLGDCU, art. 12 LCGC), están, como más significativas, las de los arts. 18.2ª y 19 Ley de Competencia Desleal (ley 3/1991 de 10 de enero); las relativas a la publicidad ilícita (Ley 34/1988 de 11 de noviembre, General de Publicidad, arts. 25,26 y29); Ley de Marcas (Ley 17/2001 de 7 de diciembre, arts. 41, 59 y 55); Ley de Patentes y Modelos de Utilidad (Ley 11/1986 de 20 de marzo, art. 63; en la actualidad Ley 24/2015 de 24 de Julio, en período de *vacatio legis* hasta 1-4-2017); Ley de protección jurídica del diseño industrial (Ley 20/2003 de 7 de julio, art. 66); Ley de crédito al consumo (Ley 7/1995 de 23 de marzo, art. 20); Ley 42/1998 de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (art. 16 bis); Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (modificada por Ley 15/2010 de 5 de julio); la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, cuyo art. 36 establece la acción de cesación con remisión a la misma acción que regula el TRLGDCU.

2.- Ante la circunstancia anterior, sería conveniente que la acción colectiva de cesación fuera incorporada como tal a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la línea de la codificación que expresa su exposición de motivos, antes referida, pues no parece lógico que la LEC no mencione ni regule este tipo de acciones.

En esa regulación general se determinarían, entre otras, sus especialidades más notables, referidas a: las personas legitimadas para interponerlas (aunque fuera por remisión a leyes sustantivas), las justificaciones que deben aportar *in limine litis* para poder dar trámite a su demanda, diligencias preliminares y medidas cautelares específicas, proceso a seguir, posibilidad de incorporación a estos procesos de las personas directamente afectadas por las conductas que se tratan de impedir y efectos de las sentencias que se dicten y ejecución de las mismas.

Esto también permitiría eliminar del sistema otro tipo de acciones colectivas de menor trascendencia que podrían quedar incluidas sus pretensiones, sin mayores problemas, en la misma acción de cesación, como es el caso de las otras acciones colectivas de menor uso que regula la Ley de condiciones generales de la contratación comentadas en capítulos anteriores.

3.- Una vez incorporada la acción colectiva a la LEC, las distintas leyes sustantivas que hoy las regulan se limitarían a concretar lo que pretenden conseguir con su ejercicio en el ámbito de la materia que regulan, remitiendo a la LEC en todo lo demás.

4.- La acción colectiva de cesación incorporada a la LEC tendría siempre como objetivo hacer cesar una conducta o actuación que conculque preceptos de leyes concretas, así como reparar los daños ocasionados por tales conductas o actuaciones, en el caso que se hubieran originado y previa su acreditación, además de conseguir que en el futuro no se vuelvan a producir esos comportamientos.

5.- Es cierto que el legislador establece en la LEC un Libro específico, el IV, dedicado a los procesos especiales, entre los que no se encuentran los procesos relativos a acciones colectivas o acciones en defensa de los consumidores y usuarios y adherentes implicados en contratos que incluyen condiciones generales impuestas y no negociadas individualmente.

Por ello, transcurridos casi veinte años desde la publicación de la LCGC y casi quince de vigencia de la LEC, cabe preguntarse si las variadas especialidades que incluye en su articulado no sería más lógico y clarificador incluirlas en un proceso especial específico que unificara normas dispersas al mismo tiempo que generaliza el ejercicio de la acción colectiva de cesación en los términos que dejamos expresados en los apartados precedentes de esta conclusión. Somos partidarios de una regulación en este sentido que, además, contribuiría a una mejor

sistemática de la LEC. La publicación de la LEC y su voluntad codificadora, antes destacada, supone un indudable avance técnico en la dirección correcta que rectifica la dispersión que se había producido en años anteriores. Ahora se trataría de avanzar un paso más, regulando un tipo de acción, que se establece en diversas normas especiales, con el objetivo de erradicar la ilegalidad y el abuso.

VI. Sobre la conveniencia de acumular las acciones colectivas de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* a las individuales.

1.- Respecto a la acción accesorio de devolución de cantidades e indemnización de daños unida a la principal colectiva de cesación del art. 12.2 LCGC

Tras la redacción que la Ley de Enjuiciamiento Civil dio al art. 12.2 LCGC, a la acción de cesación *podrá* acumularse, como accesorio, la acción de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la acción de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones. Se trata de una pretensión pecuniaria y compleja, no siempre concreta, incluso se hace viable su determinación en el proceso a través de la posible intervención individual a que hace referencia el art. 13 LEC o el llamamiento de los posibles beneficiarios atendiendo a lo que dispone el art. 15 LEC.

Al regularse como accesorio de una acción colectiva, quien ejercita la acción es cualquiera de las entidades que señala el art. 16 LCGC, que no han sufrido el daño, que actúan solicitando una pretensión accesorio de la cesación, de carácter pecuniario, que habrá de concretarse durante el proceso, pues se han de determinar las personas y el “*quantum*” a que debe ascender la misma. Ello origina una *quiebra evidente del sistema procesal* hasta ahora seguido donde sólo estaba legitimado para

demandar el afectado por el daño o perjuicio sufrido o el acreedor de la devolución del dinero o cosa.

La quiebra expresada es causa de que quien pretende la indemnización no es el destinatario de la prestación pecuniaria que se reclama en la pretensión, ni actúa en representación legal o voluntaria del mismo, no facultado por Ley para la gestión colectiva de los intereses dañados. También de que el reclamante deberá justificar que el daño existe y su determinación cualitativa y cuantitativa a los efectos de ejecución de condena, lo que no es tarea fácil. Las entidades legitimadas para ejercitar la acción de cesación, que señala el art. 16 LCGC, es claro que, al no ser parte del contrato que incluye la cláusula nula, nunca pueden ser el acreedor de la devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en base a la cláusula nula ni la persona que tiene derecho a la indemnización de daños y perjuicios que hubiera causado esa cláusula.

La *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* nada dice de la legitimación para el ejercicio de la acción accesoria acumulada, de lo que hay que deducir que o bien existe una laguna legal o bien que, ante el silencio, la legitimación para el ejercicio de la acción accesoria es la misma que para el ejercicio de la acción principal, lo que es más razonable y operativo.

Ante esa circunstancia, hay que recurrir a las especialidades de la LEC que tratan de identificar y llamar al proceso a los perjudicados por la cláusula nula (la diligencia preliminar del art. 256.1-6º LEC, o la intervención de los arts. 13 a 15 LEC), o bien, no siendo posible lo anterior, se sigue el proceso con el legitimado para el ejercicio de la acción principal y se recurre a las especialidades previstas en los arts. 221 y 519 LEC, relativas a la determinación en sentencia de las personas que han de entenderse beneficiarias de la condena establecida en la misma y extensión de efectos procesales de la sentencia o al incidente de ejecución de sentencia de quienes no fueron parte en el proceso, respectivamente.

Con lo cual, venimos a la conclusión de que no era necesario permitir la acumulación de la acción accesorio, ya que por la vía de la extensión de los efectos de la sentencia o por la vía de abrir la ejecución de sentencia a otros perjudicados por la cláusula nula se podía lograr su protección sin necesidad de complicar el proceso en que se ejercita la acción de cesación con el riesgo de retrasar la decisión del pleito, como se preveía en la redacción inicial del art. 12.2 LCGC. Sin embargo, el facilitar la acumulación de la acción accesorio desde el inicio del pleito nos parece que es de más garantía procesal para el demandado que le permite hacer alegaciones y proponer prueba respecto a la acción accesorio sin tener que defenderse en el momento de la ejecución, en su caso, lo que en definitiva redonda en mayor seguridad para el demandante y para el perjudicado final.

Lo que no se comprende es la razón por la que a la acción de retractación no se pueda acumular, como accesorio, la de devolución de cantidades e indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de la condición nula, máxime si tenemos en cuenta que el art. 17.2 LCGC exige para que prospere la acción de retractación que la condición cuestionada como nula haya sido "*efectivamente utilizada*" por algún predisponente, y si hubo utilización puede haber lugar a devolución de cantidades e indemnización de daños de igual modo que en el caso de la acción de cesación.

Tanto en la acción de cesación como en la de retractación lo esencial es el carácter de nula o no de la condición general cuestionada (*que se reputen o se consideren nulas*). Si se reputa que la misma es nula, los efectos no pueden ser otros que erradicar (*eliminar*) la condición del mercado tanto en su uso como en la recomendación de su uso, por lo que la refundición de ambas acciones puede llevarse a efecto sin pérdida de derechos para el adherente, en la línea que ha efectuado la Ley General de Consumidores y Usuarios (antes en el art. 10 ter, en la actualidad en el art. 53 del Texto Refundido).

La refundición de ambas acciones en una sería lo más aconsejable para evitar contradicciones, pues la consideración o reputación de nula de la cláusula discutida permite en ejecución de sentencia exigir tanto la eliminación y el cese en la utilización de la cláusula como prohibir su recomendación, que es más efectivo que una retractación retórica.

2.- Sobre la conveniencia de acumular las acciones colectivas e individuales

La Ley de condiciones generales de la contratación, tras la modificación sufrida por la LEC 2000, opta por la posibilidad del ejercicio conjunto de las acciones colectivas, con lo que está en la línea establecida por el art. 7.3 de la Directiva 93/13/CEE, que la referida Ley transpone, incluso el art. 12.2 LCGC permite acumular a la acción de cesación, como accesorio, la de devolución de cantidades indebidamente cobradas y la de indemnización de daños y perjuicios causados por la utilización de condiciones generales declaradas nulas, antes referida.

Al derogar la Ley de Enjuiciamiento Civil el art. 14 LCGC, ha desaparecido la prohibición de tramitar en un mismo proceso las acciones colectivas e individuales, con lo que esa posibilidad se sujetará a las normas generales de la Ley procesal sobre acumulación de acciones. El fundamento de la prohibición del derogado art. 14, estaba en potenciar la eficacia del proceso de acciones colectivas, aún a riesgo de que se produjeran resoluciones contradictorias en los procesos no acumulados, ya que se quería evitar que la acumulación incidiera negativamente en la agilidad del proceso, al incrementar el riesgo de que pudieran surgir macroprocesos. La nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil trata de reducir el riesgo de fallos contradictorios sobre la base de permitir la tramitación conjunta de

las acciones colectivas e individuales y a través del nuevo régimen, antes referido, de fomentar o facilitar la intervención que establece el art. 15 LEC.

La acumulación se ve potenciada por lo que dispone el art. 76.2-1º LEC que permite la acumulación de procesos cuando se incoen para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios, incluso de oficio (art. 75 LEC). La publicación de la LEC trajo consigo la modificación del criterio que había establecido el Ley de Condiciones Generales de la Contratación de que no cabía la acumulación de acciones individuales a las colectivas, ya que la Ley de Condiciones Generales de la Contratación regulaba las acciones colectivas con reserva de las acciones individuales que las partes del contrato pudieran ejercitar.

Lo único que establecía la LCGC era lo relativo a la eficacia de las sentencias que podían ser no sólo invocadas en otros procedimientos sino que directamente vinculaban al Juez en otros procedimientos dirigidos a obtener la nulidad contractual de cláusulas idénticas utilizadas por el mismo predisponente (exposición de motivos, apartado IV in fine y art. 20.4 LCGC, hoy derogado).

No cabe duda que esa acumulación complica el desarrollo y agilidad del proceso de acciones colectivas al mismo tiempo que hace concurrir demandantes con intereses que pueden no ser coincidentes, pues las entidades que ejercitan las acciones colectivas no son parte en el contrato y tratan de proteger básicamente el mercado de cláusulas nulas o abusivas. Se dice que con el ejercicio de las acciones colectivas se realiza un control jurisdiccional “*abstracto*”, en cuanto no está vinculado a un contrato concreto, incluso puede ser general y previo al contrato, su fin principal es servir a la defensa del interés general y público, al objeto de depurar las condiciones generales ilícitas en el ámbito de la contratación en masa, ejercer una función de control abstracto y de protección de los consumidores y del tráfico

jurídico en general. Los particulares, parte del contrato, que ejercitan la acción individual acumulada no tienen normalmente otros intereses que los propios.

Por ello, no debemos perder de vista que estamos ante el ejercicio de acciones colectivas dimanantes de un derecho supraindividual, con lo que la eliminación de las condiciones abusivas es un objetivo buscado no tanto para proteger el interés de los consumidores individualmente sino el interés general, donde se encuentra también el interés de otros profesionales competidores predisponentes a los que puede interesar que desaparezca la condición abusiva distorsionante o que se obtenga la certeza de la licitud de la condición idéntica. Por lo indicado, la conexión entre ambas acciones no siempre existe más allá de la redacción literal de la cláusula que se cuestiona.

Tras la Ley Orgánica 7/2015 que modificó la LOPJ para atribuir a los juzgados civiles el conocimiento de los procesos en materia de acciones individuales y a los juzgados mercantiles el conocimiento en materia de acciones colectivas, el ejercicio de esas acciones acumuladas se complica pues la norma introducida no determina el tribunal competente en esos casos de acumulación, con lo que habría que aplicar la norma general en materia de acumulación de acciones (art. 73.1 LEC) que exige como requisito procesal de *ius cogens* para que proceda la acumulación: “que el tribunal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia”, lo que haría en la práctica muy difícil por no decir imposible la acumulación de la acción individual y la colectiva ejercitadas ambas como acciones principales, mientras no se le dé una solución legal a esa cuestión.

Partiendo de lo establecido en los arts. 221 y 519 LEC, sin necesidad de permitir la acumulación de acciones individuales a las colectivas, se podrían obtener los mismos efectos que permitirían que, una vez declaradas nulas determinadas cláusulas utilizadas por uno o varios predisponentes, las personas que hubieran contratado con ellos pudieran beneficiarse de la sentencia firme dictada en el

proceso en que se produjo la condena de eliminar la cláusula nula. La efectividad práctica de esa medida sería superior a la confusión y retraso que puede ocasionar la acumulación de múltiples acciones individuales al proceso en que se ejercitan acciones colectivas, aún salvando los problemas que se acaban de señalar.

También se deben considerar normas como las previsiones del art. 3 Ley de Contrato de Seguro que establece una fórmula efectiva de eliminar de los contratos, por vía del control de la Administración, cláusulas declaradas nulas por los tribunales de justicia. El último párrafo del art. 3º LCS dice: declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas. Pese a la contundencia del precepto de la Ley de Contrato de Seguro, ha sido de muy escasa o nula utilización por parte de la Administración, pero nos parece que apunta un criterio interesante y práctico.

VII. Sobre la elección de proceso adecuado.

Mientras no llega la tutela, en parte, en vía administrativa que nos parece más adecuada, no creemos que el juicio ordinario de la LEC sea el cauce más idóneo para ventilar las diferencias que puedan existir en la contratación en masa, sector que se distingue, como señalamos, por una especial agilidad en lo contractual, dada la naturaleza de los bienes y servicios que tiene por objeto, al menos en lo que respecta al ejercicio de la acción individual.

La modificación introducida en la acción colectiva de cesación por la Ley 39/2002, abriendo el cauce del juicio verbal para tal acción cuando esté en juego la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, parece indicar que el legislador comparte el criterio expresado. Teniendo en cuenta además,

que la actual Ley de Enjuiciamiento Civil todavía pone en manos del predisponente un proceso especial y de escasa formalidad, como es el *proceso monitorio o el proceso europeo de escasa cuantía*, que desde el “*lado del precio*” le permitiría obtener una rápida tutela judicial, sin que exista un proceso similar desde el “*lado de la cosa o servicio*” (contra cuyos defectos o incumplimiento habrá que reclamar sólo por la vía de los declarativos expresados), el otro elemento esencial del contrato con condiciones generales, con lo que se crea un evidente agravio comparativo que da alas a los que imputan, a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, favorecer y obedecer a presiones de los empresarios.

A lo anterior, hay que añadir la facultad de integrar y aclarar el contrato que el tribunal tiene atribuida junto con alguna de las normas de interpretación imperativas (como la regla *contra proferentem*), y que la prueba básica del juicio la constituye el examen del propio contrato pactado que incluye la condición general discutida, salvo los casos especiales en que el objeto de prueba sea acreditar si estamos o no ante una condición general por haber sido objeto de negociación individual la cláusula, prueba que es a cargo del predisponente exclusivamente, y que no será muy frecuente cuando se ejerciten acciones colectivas.

Por otra parte, como dijimos al relacionar las cláusulas abusivas “*grises*”, en muchas ocasiones la prueba consistirá en la determinación de los conceptos “*indeterminados*” de tales cláusulas (plazo excesivamente largo, indemnización desproporcionadamente alta, exclusión o limitación de derechos de forma inadecuada, garantías desproporcionadas al riesgo asumido, etc.). Todo lo expresado, parece reclamar un juicio más ágil y sumario cuando se ejercitan acciones individuales y sobre todo con menos requisitos para el acceso directo al tribunal por las partes (sin necesidad de profesionales si así lo estiman, ni demandas con forma concreta), al modo como se hace ante la jurisdicción laboral por ejemplo o el propio monitorio.

En resumen, la protección contra las condiciones generales nulas debe hacerse exigible a través de una tutela rápida y ágil, como la contratación que se regula, de mínimos formalismos y costes. Esa tutela, cuando se trate del ejercicio de acciones colectivas, debería compartir y conjugar una tutela en vía administrativa como principal, y como subsidiaria la tutela en vía judicial.

Cuando se trate del ejercicio de acciones individuales se puede mantener la vía judicial como esencial, con procesos ágiles y poco formalistas, más la posibilidad de la vía administrativa, sin perjuicio de que las partes de mutuo acuerdo puedan acudir a otras vías que se establezcan como alternativas en el marco de la protección de los consumidores.

VIII. Criterios normativos frente a libre apreciación judicial.

Una legislación de las características de la que dejamos analizada lleva a preguntarnos si antes de su existencia se podía entender que los contratos con cláusulas abusivas o simplemente nulas podían ser exigibles y carecía de protección o tutela judicial el sujeto pasivo de las mismas y obligado a su cumplimiento. Pregunta que también admitiría otra formulación, cual es: qué interpretación judicial o doctrinal, incluso en la aplicación práctica del derecho, se ha venido realizando que haga necesario una normativa como la examinada que, *a contrario sensu*, lleva a concluir que antes de esa normativa las referidas cláusulas abusivas o nulas campaban por sus respetos al amparo del principio de libertad contractual o más bien de una interpretación exagerada del mismo.

La respuesta tiene que ser rotundamente negativa, el abuso o la nulidad es inadmisibles antes y ahora. Incluso más, nos resistimos a una conclusión que pudiera darse sobre distintos tipos o clases de abuso o nulidad: una para consumidores y otra para los no consumidores. Entendemos que el abuso y la nulidad son conceptos

básicamente objetivos que no están en función de condiciones personales, y lo que es abusivo o nulo lo será tanto medie un contratante consumidor como uno no consumidor, todo ello sin perjuicio de que se puedan establecer medidas de protección ante el abuso o nulidad para unos y otros en función de otros baremos o principios, o incluso medidas para que el abuso o nulidad no surja. Todo ello lo sostenemos como regla o principio general, y admitiendo que excepcionalmente puedan existir hechos o circunstancias en algún sector económico que lleven a considerar como no abusiva una determinada cláusula, como hemos apuntado al tratar de las cláusulas nulas.

Pero dicho lo anterior, también se hace preciso reconocer que en muchas ocasiones se ha dado una protección excesiva al principio de autonomía de la voluntad en base al art. 1255 del CC, e interpretado el mismo en abstracto sin las limitaciones que en el mismo Código Civil se establecen, pues es claro que la letra y el espíritu de dicho texto legal no ampara el abuso, ni el desequilibrio de prestaciones, ni las cláusulas nulas o anulables, ni ampara que sean exigibles las cláusulas que no se pudieron conocer ni las oscuras ni las incomprensibles ni, en resumen, las contrarias a la buena fe que informa todos los preceptos del Código Civil.

Desde el campo procesal, también es claro que el defenderse contra todo ello nunca ha sido sencillo sino más bien muy complicado, tan complicado que muchas veces llevaba al perjudicado a desistir de la defensa de su derecho; con procesos distintos en función de la cuantía que se discutía, además de costosos y de resultado muchas veces incierto pues siempre quedaba la concepción particular del Derecho del tribunal que había de interpretar preceptos de muy amplio contenido y en muchos casos ambivalentes, en función de donde se pusiera el acento, si en el principio de la autonomía de la voluntad o en sus limitaciones.

Por lo indicado, siempre entenderemos como beneficioso que se establezcan criterios o pautas de referencia de lo que se considera abuso o causa de nulidad desde el campo legislativo, tales como la relación de cláusulas abusivas de los arts. 85 a 90 TRLGDCU, pues todo lo que sirva de orientación y limite la arbitrariedad del tribunal debe redundar en mayor seguridad jurídica. Las pautas de referencia incluso son más necesarias en los tiempos actuales donde la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ve restringida muchas veces en base al objetivo de limitar el número de asuntos de que conoce y para no sobrecargar el trabajo, restricción que, en definitiva, va en perjuicio del ciudadano al que no se le da el servicio que reclama con argumentos, incluso obvios, de que no hay personal suficiente para prestarlo o que el Tribunal Supremo debe ser un tribunal de pocos jueces o que el levantar la rigidez formal del recurso de casación llevaría a una litigiosidad no asumible o como dice la Exposición de Motivos de la LEC a una “*casación completamente irrealizable*” que no es necesaria ni conveniente, porque no responde a criterios razonables de justicia que cada caso litigioso transite por tres grados de enjuiciamiento jurisdiccional.

En resumen, entre la arbitrariedad del tribunal y la concreción legislativa, somos decididos partidarios de ésta última pues los tribunales siempre actuarán mejor y con menor riesgo de equivocarse cuando puedan apoyarse en criterios claros del legislador al aplicar la Ley.

IX. Control judicial, interpretación de los tribunales y seguridad jurídica.

Partiendo de la conclusión anterior, la fijación de cláusulas abusivas en preceptos concretos de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, establece unas referencias claras para una correcta interpretación y

apreciación por los tribunales de las condiciones generales nulas, por abusivas, cuando para el control judicial se ejercitan las acciones colectivas. Como dijimos, tales referencias se fijaban, con anterioridad a la Ley de condiciones generales (y a las modificaciones que introdujo esta ley en la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*), por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Siendo claro el criterio de la Jurisprudencia en muchos casos, como veremos seguidamente, consideramos que potencia más la seguridad jurídica que los criterios sobre cláusulas abusivas o nulas, incluso de no incorporación, se expresen en la Ley especial (LCGC y LGDCU) en la forma que hemos señalado.

La Jurisprudencia, en una breve síntesis de la misma, establecía los siguientes criterios:

1.- Partía de su conocida doctrina “*de ser la interpretación de los contratos facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de ser respetado en casación a menos que resulte ilógico, absurdo, ilegal o vulnere alguna de las normas de hermenéutica contractual*”, como recuerda, una vez más, la STS1ª de 20 de marzo de 2002 (A-2852).

Como indican las SSTs1ª de 24 de enero de 2006 (A-259), 23 de junio de 2006 (A-3746), 25 de enero de 2008 (A-224), 5 de junio de 2008 (A-3201) y 8 de mayo de 2009 (A-2917), entre otras muchas, la competencia de los tribunales a quo para interpretar los contratos debe ser respetada salvo que sea contraria a las reglas de la lógica o bien cuando “*se contradice abiertamente el espíritu o la letra del texto interpretado*”.

Al ser escasas las normas imperativas de hermenéutica, el arbitrio del tribunal es grande al quedar sujeto sólo a la “*lógica*”, lo que a “*sensu contrario*” nos sitúa en lo absurdo, lo irrazonable o lo extravagante, y el espíritu del texto interpretado permite un amplio arbitrio al tribunal. Lo que es lógico y razonable estaba exento

del control casacional, según notoria Jurisprudencia, lo que en muchos casos ha evitado que el Tribunal Supremo entrara a conocer y pronunciarse sobre gran cantidad de cláusulas contractuales.

2.- Igualmente quedaba al margen del control casacional, en muchos casos, lo que es doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada de la Sala de que *“la existencia o inexistencia de un contrato, su cumplimiento o incumplimiento y el alcance de la obligatoriedad de las relaciones contractuales, son cuestiones fácticas, inatacables en vía casacional o no ser que dicha hermeneusis sea ilógica o falta de la más mínima racionalidad”* (SSTS1ª de 24 de noviembre y 30 de diciembre de 1.999, RAJ-8433 y 9383) y otras varias que citan en el mismo sentido. Con lo cual los tribunales de instancia gozaban de amplio arbitrio en cuestiones básicas del contrato.

3.- A pesar de esas premisas, la Jurisprudencia no ha sido ajena a inspirar muchos de los principios y controles que después ha establecido de modo expreso la LCGC. Sobre anticipo Jurisprudencial de algunos de los principios o criterios que informan la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, se puede destacar:

3.1.- No incorporación: la STS1ª de 7 de febrero de 1992 (RAJ-838) indica que *“las condiciones generales en cuanto aminoran la indemnización base pactada en las condiciones particulares son aportadas unilateralmente al negocio, como restadoras de la cobertura convenida. La suscripción y aceptación expresa de dichas condiciones determina su valor normativo y vinculación para el tomador, en cuanto actúa como parte adherente al contrato y de tal forma incide la no aceptación en forma bien expresada de toda condición que represente limitación de derechos, que ocasiona su no integración en el contrato, teniéndola como si no formara parte del mismo (S. 26 de mayo de 1989, RAJ-3891). Dichas condiciones limitativas únicamente tendrían valor y obligarían a quien las suscribe, si éste de forma taxativa y por escrito bien determinante la hubiera aceptado”*.

La sentencia dice, en el mismo sentido, que la cláusula limitativa no aceptada ni firmada por el tomador del seguro no es vinculante puesto que *no forma parte del contrato*.

3.2.- Principios de resolución parcial y conservación del contrato: la STS1ª de 12 de junio de 1998 (RAJ-4130) recoge lo expresado en la de 13 de mayo de 1985 (RAJ-2388) en el sentido de que el éxito de la excepción de contrato no cumplido “*está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la finalidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del art. 1124 del CC y sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio*”.

Y en esta línea el ATS1ª de 23 de mayo de 2000 (RAJ-3920) dispone: “*Como proclama reiterada Jurisprudencia, el art. 1124 del CC ha de ser interpretado restrictivamente, exigiéndose verdadero y propio incumplimiento por uno de los contratantes de las obligaciones que le incumben, incumplimiento que ha de ser grave y que está sometido en su apreciación al libre arbitrio de los Tribunales de instancia. La facultad resolutoria de los contratos requiere no sólo la concurrencia de una voluntad en el infractor, obstativa del cumplimiento, o la aparición de un hecho que de manera definitiva lo impide frustrando el fin del contrato, sino que la vulneración de lo pactado resulte grave y esencial, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que, por su entidad no decisiva, no impiden que el acreedor obtenga el resultado económico que le movió a contratar*” (citando en el mismo sentido varias sentencias).

Finalmente citar la importante STS1^a de 10 de Octubre de 1.977 (RAJ-3895) sobre invalidez parcial (a propósito de la invalidez de un Testamento, para lo que acude a la “hermenéutica negocial“ sobre la base de distinguir entre negocios de contenido unitario, indivisible, y plural, divisible) que dice: *“El factor decisivo para apreciar la invalidez-parcial o la invalidez-total se halla constituido por la voluntad presumible, conjetural o hipotética del autor o autores del negocio, habida cuenta de las circunstancias del caso, de la naturaleza de aquel y de las exigencias de la buena fe. Es digno de notar que en el Derecho comparado se observan dos tendencias en orden a cuál debe ser la regla general encaminada a la invalidez total una y otra a la de nulidad parcial aludidas en los considerandos precedentes, ya que mientras el C. Civ. Alemán (párra. 139), seguido por algún otro, se inclina por el primer criterio, al disponer que si es nula una parte del negocio jurídico todo él es nulo, a menos que deba entenderse que, ello no obstante, se hubiera celebrado sin la parte nula, el Código suizo de las obligaciones (art. 20, párr. 2), y el Código italiano de 1942 (art. 419), entre otros, establecen la regla contraria, preceptuando el último que la nulidad parcial de un contrato o de singulares cláusulas del mismo acarrea la nulidad del todo, si resulta que los contratantes no lo hubieren concluido sin aquella parte de su contenido afectada por la nulidad”*.

Concluye con respecto a nuestro derecho lo siguiente: *“Que dicha regla de la invalidez parcial es la que debe prevalecer en nuestro derecho, aun a falta de una norma jurídica positiva directa, toda vez que tal regla tiene su apoyo:*

1º) En la aplicación analógica admitida por el art. 4º -1 del C. Civ., de las numerosas normas concretas que imponen la validez parcial del negocio jurídico, a pesar de determinadas cláusulas, o de parte de aquél (arts. 641, párr. 2º, 737, párr. 2º, 767, 781, 786, 793, 1116, interpretado en este sentido por la sentencia de este Tribunal 4 de Marzo de 1.975, 1155, párr. 1º, 1376, 1377, 1476, 1691 párr. 1º, etc).

2º) *En el principio general de derecho sobre la conservación del negocio jurídico, acogido por nuestro ordenamiento y proclamado por la doctrina legal establecida por las SS. de 30 Octubre 1.944 y 7 Noviembre 1.967.*

3º) *En la Jurisprudencia de esta Sala, que ha aplicado en numerosos casos la regla de la invalidez parcial, como es de ver en las SS. de 30 marzo 1950, 11 noviembre 1955, 22 enero y 17, 21 y 27 mayo 1958, y 7 junio y 6 diciembre 1960, cuya regla es la procedente a menos que la exégesis negocial revele que el autor o autores del negocio jurídico no lo hubiese concluido sin la parte nula, como se estimó en las SS. de esta Sala de 17 mayo 1958, 29 abril 1965 y 30 noviembre 1973, como se previó en la antes mencionada de 4 marzo 1975.”*

Si bien este criterio anticipa el de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, igualmente entendemos que son preferibles los términos claros de dicha Ley (*“existencia de norma jurídica positiva directa”* que dice la última sentencia) que expresamente sanciona que la resolución parcial conlleva las facultades de integrar y aclarar el contrato por el tribunal (art. 10 LCGC), aún siendo criticable que esas facultades sean excesivamente arbitrarias y no tengan límites o referencias.

3.3.- Sobre la regla o principio *“contra proferentem”*, además de lo ya expresado antes sobre interpretación de cláusulas oscuras, señalar lo que indica la STS1ª de 29 de enero de 1996, RAJ-738, al decir que *“no se puede alegar que se ha conculcado el principio de equivalencia de prestaciones, cuando la propia recurrente fue la que redactó y aportó el contrato, por revestir clase de negocio de adhesión y actuó con entera libertad para convenir y aceptar lo que estimó conveniente a sus intereses y posibilidades económicas”*.

La STS1ª de 17 de octubre de 2007 (RAJ 2008-11) indica que la referida regla es consecuencia de la aplicación *“del básico principio de la buena fe negocial,*

y tiene su más adecuada y frecuente aplicación en los contratos de adhesión y en la interpretación de las condiciones generales de los contratos, es decir, en aquellos casos en que el contrato ha sido redactado por una sola de las partes y la otra se ha limitado a adherirse". Esta última sentencia concluye afirmando, sin embargo, que *"cuando no existe oscuridad alguna, objetiva o subjetiva, en la cláusula controvertida, debe rechazarse la aplicación del criterio de interpretación contra proferentem"*, oscuridad que se configura como presupuesto para su aplicación.

3.4.- Sobre legitimación de las entidades que representan a los consumidores, en este caso la Unión de Consumidores de España (UCE), es significativa la STS1^a de 20 de noviembre de 1996 (RAJ-8371) que se la niega, cuando falta el requisito subjetivo de no haber podido eludir el consumidor su aplicación, en un pleito en el que se pide la nulidad de condiciones generales de un contrato. Considera requisito de *"procedibilidad"* determinar si estamos o no en presencia de condiciones generales. Y respecto a la legitimación, hasta que no se adapte la Directiva 93/13/CEE, sólo habilita a la UCE cuando la propia norma que invoca le *"habilite de hecho para obrar en sustitución procesal de un concreto consumidor o usuario afectado, pues es cuando puede demostrar que éste no ha podido evitar la aplicación de la condición general para obtener el bien o servicio. En ningún precepto legal se excusa a las asociaciones de consumidores y usuarios de acreditación de este requisito subjetivo, otorgándoles una legitimación total y absoluta para ejercitar puras acciones declarativas de nulidad de cláusulas hipotéticamente abusivas. No basta con ser legalmente una asociación de consumidores y usuarios"*. En el mismo sentido la STS1^a de 31 de enero de 1998 (RAJ-121) que en la misma se cita.

Como se puede apreciar el Tribunal Supremo no admitía la legitimación en el sentido amplio del art. 16 LCGC, con lo que los principios de dicha Ley 7/1998 suponen una clara innovación en el campo de la legitimación.

4.- Sobre cláusulas concretas: existen pronunciamientos de la Jurisprudencia en relación con cláusulas concretas, que con posterioridad han sido asumidos por el legislador, entre los que podemos referir, como ejemplo, los siguientes:

4.1.- Destaca la STS1ª de 2 de octubre de 1992 (RAJ-7516) que a propósito de una cláusula que limita, con base en los arts. 1255 y 1256 CC, la responsabilidad del constructor de la vivienda a los defectos ocultos, señala que *“pretender la validez de la estipulación que limita la cobertura de los derechos de los compradores es hacer posible la renuncia a la acción por dolo (art. 1.102 CC), impedir que la negligencia sea exigible en toda clase de obligaciones (art. 1.103 CC) y dejarles absolutamente indefensos, lo que impide incluso la Ley de los consumidores”*. Es decir, el TS está aplicando directamente las limitaciones establecidas en el propio CC a la autonomía de la voluntad del art. 1255.

4.2.- En relación con las cláusulas de *sumisión* expresa a los tribunales del domicilio del predisponente la STS1ª de 23 de julio de 1.993 (RAJ-6476) recurre a diversa normativa para declarar ese tipo de cláusulas como *abusivas*, así cita el art. 3.1 CC, el art. 10 LGDCU y el art. 3 de la Directiva 93/13, para terminar diciendo *“sobre tales bases y supuesto que por razón de lo indicado este tipo de cláusulas sumisorias, cuando aparezcan como aquí acontece en contratos de adhesión que impiden a la parte suscriptora de los mismos influir en su contenido, no tienen para la determinación de la competencia el valor, que el art. 57 LEC (antigua), concede a dichas sumisiones”*.

En el mismo sentido la STS1ª de 12 de julio de 1996 (RAJ-5580) dice que *“la cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato básico de adhesión, ciertamente que es abusiva, pues origina un desequilibrio para los usuarios de los servicios de mantenimiento de los ascensores, distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid A partir de la Directiva 93/13 de 5-4-1.993 el panorama legal ha sufrido una importante modificación, ya que con*

anterioridad los Tribunales españoles no disponían de un apoyo legal, para declarar no vinculante a una cláusula de sumisión formalmente establecida, aunque supusiese un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. La nueva legislación y este razonamiento motivaron la nueva orientación jurisprudencial que representan las Stas de 23-7-92 (A-6450) y 20-7-94 (A-6518)”. En igual sentido SSTS1ª de 8 de noviembre de 1996 (RAJ-7954) y 25 de noviembre de 1996 (RAJ-8400).

4.3.- Sobre los contratos pactados “*a perpetuidad*” la STS1ª de 26 de octubre de 1998 (RAJ-8237) dice que “*es opuesta a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria, integrando una limitación de la libertad del deudor, contraria al orden público,..... Es evidente que, al haberse estipulado prácticamente para el contrato objeto de la litis una duración -a perpetuidad-, se ha conculcado el orden jurídico que pertenece al ámbito del orden público y, por tanto, se ha teñido de ilicitud la causa del referido contrato, con la consiguiente nulidad radical del mismo (artículo 1275 del CC, en relación con el 1255 del mismo)*” (FD 7º).

Y la misma sentencia distingue la anterior situación de los contratos pactados “*por tiempo indeterminado o indefinido*” (entendidos dichos términos como sinónimos y expresivos de no fijación de plazo de vigencia contractual), los cuales “*no adolecen de vicio de nulidad, si bien cualquiera de las partes podrá darlo por terminado, mediante la denuncia o revocación unilateral del mismo, sin perjuicio de las consecuencias, singularmente indemnizatorias, que podrán acompañar a la actuación de la parte que decidiere abusivamente o con mala fe la resolución o extinción del vínculo*” (FD 7º).

5.- Los principios que consagra el legislador en la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* y ratifica en la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* ya son tenidos en consideración por el Tribunal Supremo y apuntadas sus consecuencias en reiteradas sentencias, algunas de las

cuales se han recogido y referenciado en este trabajo. No obstante referimos seguidamente algunos criterios orientadores de carácter general:

5.1.- La STS1ª de 4 de diciembre de 1998 (RAJ-8788) después de declarar que la jurisprudencia civil se anticipó en múltiples resoluciones a la Ley General de Consumidores y Usuarios en cuanto a garantizar los derechos que la misma ampara, declara la *decisiva influencia de la publicidad* sobre los compradores a la hora de contratar que ha de “*reputarse integrada en los contratos*”; y la sentencia de 7 de noviembre de 1998 (RAJ-8419) dice que “*la publicidad sobre un objeto, sobre todo si es un objeto aún no existente (caso de compra de una vivienda en construcción) forma parte esencial de la oferta, como se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el art. 8 de la Ley 26/1984 LGDCU y origina responsabilidad en el oferente*” (en el mismo sentido la sentencia de 8 de noviembre de 1996, RAJ-8260).

5.2.- La STS1ª de 22 de julio de 1994 (RAJ-6581) dice que la Ley General de Consumidores y Usuarios “*es una especie de Ley marco que tiene el carácter de principio informador del ordenamiento, como previene su art. 1º -1, de acuerdo con el art. 53.3 de la Constitución y en desarrollo de su art. 51.1 y 2, y cuya regulación se extiende, primordialmente, al comercio interior y al régimen de autorización de productos comerciales*” y que el instrumento legal de protección y defensa que representa, como señala su exposición de motivos, “*no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos, tales como la legislación mercantil, penal, o procesal y las normas sobre seguridad industrial, higiene y salud pública, ordenación de la producción y comercio interior*”.

La STS1ª de 17 de junio de 1994 (RAJ-4932) afirma que la misma *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* “*reconoce expresamente que no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos, como la legislación civil, y así, el art.*

7 establece que los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta ley, aplicándose además lo previsto en las normas civiles y mercantiles”.

5.3.- En cuanto a la prioridad en la aplicación de dichas normativas existe cierta confusión, pues mientras la STS1ª de 22 de julio de 1.994 (RAJ-6581) dice que *“la lectura del art. 7 de la LGDCU, lleva a la conclusión de la prioridad de esa Ley General sobre las normas civiles y mercantiles, lo que no es sino la lógica consecuencia de una ley que desarrolla un mandato constitucional (art. 51 CE y art. 1 de la propia Ley 26 / 1984)”*; la STS1ª de 18 de marzo de 1995 (RAJ-1964) dice que *“la Ley especial (LGDCU) no es exclusiva ni acaparadora en la defensa de los derechos de usuarios y consumidores y así la primacía de los preceptos sustantivos se mantiene y ha de ser declarada, pues su art. 7 para nada lo impide. Al contrario, bajo su proyección normativa expresamente se remite a la aplicabilidad -además- de las normas civiles y mercantiles, con lo cual éstas no vienen a quedar ni relegadas ni suplantadas y así se expresa la doctrina y jurisprudencia de esta Sala que contienen las Stas. de 17 y 22-7-1994, A-4932 y 6581)”*, argumentación esta última más convincente. Como curiosidad, destacar que cita la sentencia, supuestamente contradictoria, en apoyo de la última doctrina.

Tras la entrada en vigor de *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (hoy TR Real Decreto Legislativo 1/2007), el art. 59.2 del TR establece que la prelación legislativa en materia de contratos con consumidores y usuarios la tiene la Ley General de Consumidores y Usuarios y las leyes especiales y en lo no previsto por tales normas regirán las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles. Si incorporan condiciones generales están sometidos, además, a la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (art. 59.3 TR).

5.4.- En materia de interpretación se aplican las normas que al respecto recoge el Código Civil, tales normas o reglas interpretativas *“contenidas en los arts. 1281 a 1289, ambos inclusive del Código Civil, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí de los cuales tiene rango preferente y prioritario la correspondiente al primer párrafo del art. 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes que vienen a funcionar con el carácter de subsidiarias respecto de la que preconiza la interpretación literal”* (sic, STS1ª de 23 de octubre de 2000, RAJ-9189, y otras muchas que en ella se citan).

5.5.- En la línea indicada, establece el Tribunal Supremo que: *“se ha de tomar en consideración la verdadera intención de los contratantes, valorando conforme al art. 1285 CC las distintas cláusulas unas por las otras, de modo, además, que las cláusulas oscuras conforme al art. 1288 no favorecen a la parte que ha ocasionado la oscuridad”* (STS1ª de 20 de marzo de 2002, FD 2º, RAJ-2852).

“El art. 1288 CC consagra la regla contra “proferentem” en cuya virtud la parte contratante que redacta una cláusula oscura, no puede aprovecharse de la misma en su beneficio” (STS1ª de 14 de febrero de 2002, RAJ-1444, que emplea ya la terminología de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*).

Por su parte la STS1ª de 2 de abril de 2009 (RAJ-1754) recoge la indicada regla y su evolución legislativa en nuestro derecho, expuesta ya por otras sentencias de la misma Sala que cita, como la de 8 de noviembre de 2001 (RAJ-9290), en las que se hace especial aplicación de la regla *“contra proferentem”* en los contratos de adhesión, como los de la Ley de Contrato de Seguro (Ley de 8 de octubre de 1980, art. 3), en los que *“la duda en la aplicación de una cláusula oscura o contradictoria se interpretará a favor del adherente ... Lo cual ya había sido proclamado por la*

Ley 26/1984 de 19 de Julio (LGDCU) y ha sido posteriormente repetido por la Ley 7/1998 de 13 de abril (LCGC)”.

5.6.- Según establece la STS1ª de 12 de febrero de 2002 (RAJ-3107) *“Los arts. 1254, 1255 y concordantes del CC marcan los principios de autonomía de la voluntad y libertad contractual de las partes para obligarse, sin más limitaciones que las normas imperativas, las leyes, la moral o el orden público. Límites estos, que hoy se ven superados y trascendidos por principios sociales, como ocurre con nuestro Texto Fundamental (arts. 1, 10, 33, 51, etc, CE) o con principios éticos en el art. 7 del CC”.*

5.7.- Sobre la buena fe como principio informante: La STS1ª de 6 de marzo de 1999 (RAJ-1854) expresa que *“La buena fe contractual en sentido objetivo consiste en dar al contrato debida efectividad para que se realice el fin propuesto, lo que exige comportamientos justos, adecuados y reales. El concepto jurídico descansa sobre necesarias premisas fácticas y su control casacional sólo procede si se impugnan con éxito los hechos probados, en los que se fundamenta tanto la situación positiva de buena fe, como la negativa de mala fe”.*

La STS1ª de 22 de diciembre de 2005 (RAJ 2006-1217) al referirse a la buena fe contractual indica en su fundamento principal que *“como dice la STS núm. 19/2005, de 19 enero (A-518) la buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, legal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata u oferta contratar queda obligado, no sólo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales.*

La buena fe no se refiere a la buena fe subjetiva (creencia, situación psicológica), sino a la objetiva (comportamiento honrado, justo), a la que se alude en el artículo 7 del Código Civil, que consagra como norma el principio general de derecho de ese nombre, con lo que implica un mandato jurídico con eficacia social organizadora; y ese carácter objetivo se encamina a comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (Sentencias de 3 de diciembre de 1991 (A-8906) y 9 de octubre de 1993 (A-8174), citadas en la de 8 de junio de 1994 (A-4905), sentencia de 26 de octubre de 1995 (A-8349).

En parecidos términos las SSTs^{1a} de 25 de julio de 2000, 30 de junio de 2000, 12 de marzo de 1998, 22 de marzo de 1994, 9 de octubre de 1993 y 23 de diciembre de 1991 establecen la misma doctrina.

Finalmente la STS^{1a} de 9 de octubre de 2007 (A-6811) destaca que “*la cuestión de la apreciación de la buena fe corresponde a la Sala sentenciadora como afirma la sentencia de 11 mayo 2006 (A-3340)*” para seguidamente señalar que el principio de buena fe “*a partir de su introducción en nuestra normativa jurídica general, a través del artículo 7-1 del Código Civil, para poder ser reputada concurrente o no desde el punto de vista subjetivo como del objetivo, debe ser valorado libremente por el Tribunal de Instancia, en relación a unos hechos determinados y dicha valoración ha de ser respetada a no ser que se sitúe en un parámetro de irracionalidad o falta de lógica (sentencias de 21-9-1995 y 24-5-2000), por lo que no es admisible en casación una revisión de este hecho (sentencias de 4 julio 2006 y 27 marzo 2007)*”.

El principio de buena fe objetiva será de obligada aplicación en la integración del contrato con condiciones generales pues el art. 10.2 LCGC ordena que “*la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en*

materia de interpretación contenidas en el mismo”, lo que lleva a tener como básico dicho principio. Por su parte la exigencia de buena fe se establece en el art. 82.1 TRLGDCU al delimitar el concepto de cláusula abusiva.

5.8.- El equilibrio de las partes en relación con lo pactado en el contrato, también aparece en las resoluciones del Tribunal Supremo; así la STS1ª de 12 de mayo de 2009 (RAJ-2920) afirma que las condiciones contractuales libremente pactadas, deben ser respetadas “*si no se aprecia una posición de inferioridad en una de las partes contratantes*”.

X. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicación conjunta.

Entendemos que los principios la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* sobre control judicial que hemos analizado no son incompatibles con las leyes sustantivas y procesales básicas, sino que deben considerarse como complementarios y enmarcados en nuestro derecho contractual y procesal, debiendo los criterios y principios que informan una y otra normativas ser *objeto de una interpretación conjunta* a la hora de determinar cuándo una cláusula contractual es abusiva o nula, o supone un claro desequilibrio entre las partes o atenta al principio básico de la buena fe exigible en todo caso.

La convivencia de los criterios y principios del Código Civil y de la Ley de condiciones generales va en una línea contraria a la codificación, como se ha indicado, y la tendencia debe ser a integrar los principios y criterios de la nueva Ley en el Código Civil, lo que evitará confusiones al tribunal encargado de interpretar la ley, como antes señalamos.

En lo procesal, como ya se expresó, al contar con una legislación posterior a la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* que se decanta por el criterio de la codificación y supresión en leyes especiales de normas de carácter procesal, los criterios que informaban la Ley de condiciones generales han sido asumidos, en lo esencial, por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge también criterios que ya la Jurisprudencia había reconocido, y las normas de la Ley de condiciones generales en esta materia se han visto sensiblemente reducidas.

El art. 14.1 LCGC, antes de ser derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, remitía para sustanciar las acciones colectivas a la jurisdicción ordinaria por los trámites del juicio de menor cuantía, que regulaba la LEC de 1.881. Con la entrada en vigor de la Ley procesal 2000 ya no es la Ley de condiciones generales la que hace la remisión al proceso a seguir sino que la propia Ley procesal, en sus arts. 249.1 n° 5° y 250.1 n° 12°, al delimitar el ámbito del juicio ordinario y del juicio verbal, incluye en uno u otro proceso las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de la contratación, todo ello en los términos antes señalados. De ahí que la Ley de Enjuiciamiento Civil constituya complemento obligado, necesario e imprescindible de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, al corresponder el control de validez de las condiciones generales a los jueces y tribunales como reiteradamente hemos señalado.

La misma LEC, en su artículo 5, entre las clases de tutela jurisdiccional que contempla se refiere a “*cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley*”, entre la que se encuentra la tutela prevista en la Ley de condiciones generales. Pero esa remisión a lo “*expresamente previsto por la ley*” no implica que pueda admitirse una tutela que no se enmarque en la propia Ley procesal, pues el mismo artículo, en su párrafo segundo, dice que las pretensiones a que se refiere el apartado anterior (entre las que están las citadas “*expresamente previstas por la ley*”) se formularán ante el tribunal que sea competente y frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida.

De todo ello resulta que:

1.- En cuanto a la tutela jurisdiccional que se pretende, es obligado recurrir a la Ley de condiciones generales que delimita el ámbito de tal tutela en los siguientes términos:

1.1.- Ha de tratarse de condiciones generales de la contratación, es decir, de cláusulas predispuestas, impuestas por una de las partes con independencia de su autoría y redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, como las define el art. 1 LCGC, y no negociadas individualmente;

1.2.- El destinatario o adherente de esas cláusulas será normalmente un consumidor, pero puede serlo también un profesional o empresario, como señala el art. 2 de la misma LCGC;

1.3.- Los contratos a que se incorporen las condiciones generales han de ser contratos sujetos a la legislación española, como norma general, como excepción se aplica a contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, dejando siempre a salvo lo establecido en Tratados o Convenios Internacionales suscritos por España e incorporados a la legislación nacional (art. 3 LCGC);

1.4.- Un último requisito de delimitación del objeto será que no se trate de condiciones generales incorporadas a contratos que expresamente están excluidos, es decir, a los que no se aplica la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (contratos administrativos, de trabajo, sociedades, sucesorios, y los demás que señala el art. 4 LCGC).

1.5.- También habrá que recurrir a la Ley de condiciones generales para determinar la tutela jurisdiccional en cuanto a la acción a ejercitar y las personas

legitimadas para su ejercicio (legitimación activa). Las acciones colectivas sólo pueden ser las que señala el art. 12 LCGC y las personas legitimadas activamente para ejercitarlas las que relaciona el art. 16 de la misma LCGC, ambos preceptos imponen un *numerus clausus* en lo relativo a tales acciones y personas.

1.6.- Para las acciones individuales la Ley de condiciones generales fija su objetivo: obtener la declaración judicial de no incorporación al contrato de condiciones generales que no cumplen los requisitos de incorporación que señala el art. 5 y el art. 7 de dicha Ley, o bien obtener la declaración judicial de nulidad de las condiciones generales en las que concurran las circunstancias que determina el art. 8 LCGC.

Las referidas acciones se dirigirán contra las personas que señala el art. 17 LCGC, legitimación pasiva, básicamente el profesional (art. 2.2 LCGC) que utilice o recomiende las condiciones generales que se reputen nulas, al que se denomina “predisponente”, o contra sus asociaciones que también utilicen o recomienden las referidas condiciones generales.

2.- Regulación procesal: determinada en la forma expresada la tutela que se pretende y los tribunales a los que se encomienda la resolución del caso (teniendo en cuenta la competencia de los tribunales o juzgados de lo Mercantil, antes referidos), será ya la Ley de Enjuiciamiento Civil la que regula el proceso en su desarrollo:

2.1.- Determinará el proceso que corresponde seguir dentro del ámbito del juicio ordinario o del juicio verbal (arts. 249.1.5º y 250.1.12º LEC); los requisitos de la demanda, la capacidad y la representación procesal y defensa técnica; las personas que han de ser llamadas al proceso al objeto de facilitar su intervención;

2.2.- Fijará las reglas de competencia objetiva, territorial y funcional; diligencias preliminares y medidas cautelares, la acumulación de acciones y procesos; los medios de prueba, su proposición, admisión o denegación, y práctica;

2.3.- Finalmente, habrá que seguir su normativa en cuanto a la forma, requisitos y efectos de la sentencia y los recursos que caben contra la misma así como contra cualquier otra resolución que se dicte en el curso del proceso.

3.- Es preciso volver a la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* para completar determinados efectos concretos de la sentencia *estimatoria* de la pretensión ejercitada, pues en estos casos la sentencia debe precisar lo siguiente:

a) Ineficacia total o parcial del contrato, en los términos que fija el art. 10 LCGC que opta por establecer una regla general de subsistencia del contrato salvo que sin las cláusulas nulas o no incorporadas ello no sea posible.

b) En caso de subsistencia del contrato, obligación de integrar y en su caso aclarar el contrato parcialmente anulado, si fuera necesario.

c) Publicación de la sentencia en el BORME o en un periódico de mayor circulación de la Provincia en los términos que indica el art. 21 LCGC.

d) Inscripción de la sentencia en el Registro de condiciones generales de la contratación, en su caso.

4.- También habrá que recurrir a la LEC en los casos en que la sentencia se dicta en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios (legitimadas para promover procesos en que se ejerciten acciones colectivas por el art. 16 LCGC o el art. 54 TRLGDCU), en cuyo caso el art. 221 LEC impone que la sentencia: determine individualmente los consumidores y usuarios que conforme a las leyes sobre su protección han de entenderse beneficiados por la condena, y si no fuera posible su determinación, ha de establecer los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante. Todo ello en el caso de que se hubiera pretendido una condena dineraria.

5.- En los casos en que no se hubiesen determinado los consumidores o usuarios beneficiados por la sentencia, se procederá en la forma que establece el art. 519 LEC por el tribunal competente para llevar a efecto la ejecución. Si el pronunciamiento fuera la declaración de ilicitud de una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en el proceso correspondiente. Si se hubieran personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

6.- Habrá que volver a la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, disposición adicional cuarta (añadida por la LEC), para extender los referidos efectos a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, así como a los procesos en que intervengan no sólo asociaciones de consumidores y usuarios sino cualquiera otra de las entidades legitimadas que relaciona el art. 16 LCGC.

7.- Los efectos señalados, característicos de los procesos estudiados, de extender lo dispuesto en la sentencia a personas que no hayan sido parte en el proceso es lo que llama más la atención al ir claramente contra el principio fundamental y clásico de que la sentencia no puede extender su eficacia más allá de las partes del proceso, como regla general, pues en otro caso se quebrantarían principios esenciales como el de audiencia, contradicción, igualdad y seguridad jurídica, en definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva con interdicción de toda indefensión.

8.- Al momento de la ejecución de la sentencia habrá que volver a la LEC, a lo que hay que añadir el efecto especial referido en materia de ejecución de sentencias en el que se derogan normas generales de la ejecución forzosa, al permitir que dictada ya sentencia, en fase de ejecución de la misma (que se sigue por lo

normado en la LEC), se determinen los beneficiarios de los pronunciamientos de la sentencia mediante un mecanismo excepcional de concreción subjetiva.

Para obviar esos inconvenientes se ha recurrido a principios superiores que hemos expresado en los capítulos anteriores, con el objetivo de regular el mercado, evitar abusos y proteger el consumo de forma eficaz. Con todo, es evidente que esos principios superiores no pueden dejar de contemplar los principios básicos del Derecho procesal que hoy en día han alcanzado rango constitucional en el derecho de tutela judicial efectiva sin indefensión, expresamente proscrita.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. T. II Derecho de Obligaciones, v 1º La obligación y el Contrato en General*, 10ª ed., Bosch, Barcelona 1997.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: Un paso hacia la europeización del derecho privado”. *Revista de Derecho Privado*, Marzo 2002.
- *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Monografías Civitas, Aranzadi Pamplona Febrero 2009.
- ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las Condiciones Generales de la Contratación*. Civitas, Madrid 1.991.
- “Autonomía Privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil (ADC)* 1.993.I.
- “El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el derecho privado”, *RDBB* nº 67, 1997.
- ALMAGRO NOSETE, J., “La protección procesal de los intereses difusos en España”, *Justicia*, Barcelona 1983.
- ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares del proceso civil*, Editorial Bosch, Barcelona 1997.
- ARMENTA DEU, T., *Acumulación de autos. Reunión de Procesos Conexos*, Editorial Montecorvo, Madrid 1997.
- *Lecciones de Derecho Procesal. Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*, Marcial Pons, Madrid 2009.
- ARROYO MARTÍNEZ, I. Y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coordinadores): *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Tecnos, Madrid 1999.
- ASECIO MELLADO, J. Mª, *Proceso Civil Práctico*, T.I. La Ley 2002.

- ATAZ LÓPEZ, J., “Comentario al art. 13 de la LCGC” en AA VV, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dir. R. Bercovitz, Aranzadi 2000.
- BACHMAIER WINTER, L., “Comentario al art. 14” en AAVV, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, dir. A. Menéndez y L. Díez-Picazo, Civitas, Madrid 2002.
- BADENES CARPIO, J.M., en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la Contratación*, dir. R. Bercovitz, Aranzadi, Navarra 2000.
- BALLESTEROS GARRIDO, J.A., *Las Condiciones Generales de los Contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. J M Bosch, Barcelona 1999.
- “La Ley de condiciones generales de la contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas”, *Actualidad Civil*, núm. 20, 2000.
- BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*. Civitas, Madrid, 2003.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coord. A. de la Oliva), Civitas 2001.
- *Los juzgados de lo mercantil. Régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*, Madrid, Civitas, 2005.
- BARONA VILAR, S. y otros, *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2002.
- *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, dir. R. Bercovitz, Aranzadi 2000.
- BARRÓN DE BENITO, J.L., *Las condiciones generales de la contratación : aspectos procesales*. Dikynson, Madrid 1998.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi, Navarra 2000;
- *Comentario a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, dirigidos por R. Bercovitz y J. Salas. Civitas, Madrid 1992.
- “Monitorio y cláusulas abusivas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, nº 3, junio 2013, pp. 43-46.

- BETTI, E., *Teoría General del Negocio Jurídico*, trad. Esp. Dos vols. 1970.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las Condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor”. ADC, 1983-III.
- CABAÑAS GARCÍA, J.C., *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos (con jurisprudencia asociada)*. Editorial Tecnos, Madrid 2005.
- *La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva en el proceso civil*. Dijusa, Madrid 2005.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L.M., *La Ley de Condiciones generales de la contratación*. Centro de Estudios Registrales, Madrid 1998.
- CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, Buenos Aires 1962 (trad. Sentís).
- CARBALLO FIDALGO, M., “El control de oficio de la nulidad de las cláusulas de sumisión expresa en la contratación con consumidores”, en *Actualidad Civil* nº 22, 2006, pp. 2629-2637.
- *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente: disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*, Barcelona, Bosch, 2013.
- CARNELUTTI, F., *Sistema del diritto processuale civile*. Padova 1936;
- *Instituciones del proceso civil*, traducción de Sentís Melendo, Librería El Foro, Buenos Aires 1997.
- CARRASCO PERERA, A. y otros, *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*, Madrid 2002.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, v. 3º, 16ª ed., Reus, Madrid 1992.
- CASTRO Y BRAVO, F. DE, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad”. ADC, 1982-III.
- *El Negocio Jurídico*, Madrid Civitas 1.985.
- *Temas de Derecho Civil*, Madrid 1972.

- *Derecho Civil de España*, t. I, Civitas, Madrid 1985.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., “Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación)” ADC T. LI, Fascículo III, Julio-Septiembre, 1998.
- *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, ed. Bosch, Barcelona 2008.
- “Breves notas sobre la Propuesta de la Comisión General de Codificación para la modificación del derecho de obligaciones y contratos”, *Libro Homenaje al profesor Carlos Vattier Fuenzalida*, Coord. José María de la Cuesta Sáenz y otros, Editorial Aranzadi 2013, pp. 351-364.
- CLEMENTE MEORO, M., “El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas”, en AA VV *Contratación y consumo*, edita Tirant lo Blanch, Valencia 1998.
- CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid 1940 (trad. E. Gómez-Orbaneja).
- *Ensayos de Derecho Procesal*, Buenos Aires 1949 (trad. Sentís Melendo).
- CORDÓN MORENO, F., “Aspectos procesales de la regulación legal de las Condiciones generales de la contratación”, en Actualidad Aranzadi, nº 348, 25-6-98.
- DÍAZ ALABART, S., “Las cláusulas contractuales abusivas”. *Contratos de adhesión y derechos de los consumidores*, CGPJ, Madrid 1993.
- “Art. 6 LCGC” en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por R. Bercovitz, Aranzadi 2000.
- “Pacta sunt Servanda e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales” en AA.VV., *Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas*, dirigida por Nieto Carol U., ed. Lex Nova, Valladolid 2000.
- DÍAZ FRAILE, J. M^a, “La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993”, RCDI, mayo-junio 1994.
- DI MAJO, A., “Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto” R.D.Com, 1970-I.

- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Con de la Oliva Santos A., CERA, Madrid 2001, 2ª edición.
- *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (dir: A. Menéndez y L Díez-Picazo). Civitas, Madrid 2002.
- *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Civitas, Madrid 2001.
- “La acumulación de acciones en el proceso”, *Tribunales de Justicia* 2/1997.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Teoría del contrato*, 4ª ed., Civitas, Madrid 1993.
- “Los llamados contratos forzosos” *ADC*, 1956 I.
- “¿Una nueva doctrina general del contrato?”, *ADC*, 1993-IV.
- “Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas”, en el volumen colectivo del mismo título coordinado por el propio autor, Fundación BBV/Civitas, Madrid 1996.
- FAIREN GUILLEN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal (hacia una teoría y Ley General procesales)* Barcelona 1990.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A., “Aproximación a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Suplemento Abril 2000, *Revista Otrosí del Colegio de Abogados de Madrid*.
- *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* Iurgium, Madrid 2001.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A., RIFÁ SOLER, J.M. y VALLS GOMBAU, J.F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. 2000.
- FONT SERRA, E., *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (AA.VV), coordinador Cabañas García J.C., Editorial Trivium, Madrid 2000.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La acumulación de acciones en el proceso civil*, Editorial Bosch, Barcelona 2009.
- *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Bosch, Barcelona 2009.

- GARCÍA AMIGO, M., *Lecciones de derecho civil, t. II Teoría general de las obligaciones y contratos*, Mac Graw-Hill, Madrid 1.995.
- *Condiciones generales de los contratos*, Edt. RDP, Madrid 1969.
- “La Ley alemana occidental sobre “condiciones generales”, en RDP 1978.
- GARCÍA CANTERO, G., “Integración del Derecho del Consumo en el Derecho de Obligaciones”, RJN, v. 13, 1992.
- Notas y actualización de J. Castán Tobeñas, *Derecho Civil español, común y foral*, v. 3º, *Derecho de obligaciones: La obligación y el contrato en general*, 16ª ed., Reus, Madrid 1.992.
- GARCÍA VILA, M., *Las condiciones generales de la contratación: aspectos procesales*, editorial Práctica de Derecho, Valencia 2005.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*. La Ley, Madrid 2000.
- *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (dir: A. Menéndez y L Díez-Picazo). Civitas, Madrid 2002.
- *Tutela judicial de los consumidores y acciones colectivas*, Cuadernos Civitas, Madrid 2010.
- *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Civitas, Madrid 2003.
- GIMENO SENDRA, V. (con V. Cortés Domínguez y V. Moreno Catena), *Derecho Procesal Civil*, Madrid 1997.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “La Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación” RCDI, 645, sept-octbr 1998.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, vol.I (*Parte General. El proceso declarativo ordinario*) Madrid, 8ª ED., 1979.
- GONDRA ROMERO, J.M., *Derecho Mercantil*, t. I. SPUC, Madrid, 1.992.
- GONZÁLEZ CANO, Mª I., *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*. Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

- GONZÁLEZ GARCÍA, J. (con otros autores, coord.. por Jiménez Conde), *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a cien cuestiones polémicas*. Editorial Sepin. Madrid 2002.
- “Criteria for determining International jurisdiction” (epígrafes 4-8), *European Civil Procedure*, director: Andrés de la Oliva Santos, European Commission - Thompson Aranzadi- Sweet & Maxwell, Cizur Menor, 2011.
- “Fueros especiales de competencia internacional (II). Acción civil derivada de hecho punible. Explotación de sucursales, agencias y establecimientos comerciales. Trusts. Derecho marítimo. Procesos con pluralidad de objetos”, *Derecho Procesal Civil Europeo*. Vol. I: Competencia Judicial Internacional, Reconocimiento y Ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea.
- GUASP DELGADO, J. y ARAGONESES, P., *Derecho procesal civil*. 5ª ed., dos t., Civitas Madrid 2002;
- GUASP DELGADO, J., *La pretensión procesal*, ADC 1952, Enero-Marzo (reimpresión Madrid 1981).
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación (Crónica de lo incomprensible)”. ADC, T. LIV, Fascículo III, Julio-Septiembre 2.001.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: Colectivos y difusos*. Aranzadi, Pamplona 2000.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I* (coord. Cordón, Armenta, Muerza y Tapia), Pamplona 2001.
- LALAGUNA DOMINGUEZ, E., “La libertad contractual”, RDP 1972.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, III, 4ª ed., Madrid 1995.
- LETE ACHIRICA, J., “Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir”, en *Actualidad Civil*, núm. 17, 2000.
- LORCA NAVARRETE, A.M., *Tratado de Derecho Procesal Civil, Parte General*, Editorial Dykinson, 2000.
- “La regulación de las diligencias preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una regulación inconstitucional”, *Diario La Ley*, nº 5146 de 22 septiembre 2000.

- MÉNDEZ R.M./VILALTA, E., *Condiciones generales de la contratación: acciones individuales y colectivas*. 2ª ed., Bosch, Barcelona 2.001.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. Y DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Directores), ALFARO AGUILA-REAL, J. (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*. Edit Civitas, Madrid 2002.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al art. 8”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (dir. A. Menéndez y L. Díez-Picazo), Civitas, Madrid 2002.
- MONSALVE DEL CASTILLO, R. y PORTILLO CABRERA, E., “Legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de acciones colectivas en defensa del interés general” (comentario a la sentencia del TS de 15-7-2010), *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 9 Enero 2011.
- MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Junio 2001.
- *Derecho Jurisdiccional, II, Proceso Civil*. Tirant lo Blanch, Valencia 2000.
- *El nuevo Proceso Civil*. con Gómez Colomer, J.L., Montón Redondo, A, y Barona Vilar, S. Tirant lo Blanch, 11ª edición Valencia 2002.
- *De la legitimación en el proceso civil*. Editorial Bosch. Barcelona 2007.
- *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre el)*, Civitas Madrid 1.994.
- MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte General* (con Cortés Domínguez, V., y Gimeno Sendra, V.), Editorial Colex, 4ª edición, Madrid 2001.
- MORENO TRUJILLO, E., *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona 1991.
- NIETO CAROL, U., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Lex Nova, Valladolid 2000.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Condiciones generales de contratación: Conceptos generales y requisitos*, CGPJ 1993.
- OLIVA SANTOS, A. de la, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Edi. C.E.R.A., Madrid 2000. con Díez-Picazo Giménez.

- *Derecho Procesal. Introducción*, con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres, ed. CERA, Madrid 1999.
- *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres J., ed. CERA, Madrid 2000.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con Díez-Picazo Jiménez I; Vegas Torres J; y Banacloche Palao J), ed. Civitas, Madrid 2001.
- *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona 1980.
- "Sobre la protección jurisdiccional a los consumidores", en Estudios sobre consumo, nº 16, Madrid 1989.
- *Sobre la cosa juzgada*, Editorial CERA, Madrid 1991.
- *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, monografías Thomson-Civitas, primera edición, Navarra 2005.
- *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1980.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., "Intervención Adhesiva y Cosa Juzgada", Revista Aranzadi Doctrinal nº 10, Febrero 2013.
- ORTELLS RAMOS, M., y otros, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Aranzadi, 3ª edición, Pamplona 2002.
- PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid 1998.
- "La Ley 7 / 1.998, de 13 de Abril, sobre condiciones generales de la contratación". Derecho de los Negocios nº 97 / 1998.
- *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1999, Marcial Pons.
- PARTELLANO DÍEZ, P., "Comentario al art. 12", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, cit., dir. A. Menéndez y L. Díez-Picazo, Civitas 2002.
- PASQUAU LIAÑO, M., "Comentario al art. 9" *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dir. R. Bercovitz. Aranzadi 2000.

- PAU PEDRÓN, A., y CURIEL, F., “Comentario al art. 11 LCGC” *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dir. A. Menéndez y L. Díez-Picazo, Civitas 2002.

- PAZ-ARES, C., “La economía política como jurisprudencia racional”, ADC, 1981-II.

- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., *Enciclopedia jurídica básica*. Civitas, Madrid 1995.

POLO DÍEZ, A., “La extensión de la eficacia del control judicial sobre las condiciones generales del contrato de seguro”, *Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro*, dirigidos por E. Verdura, t. I, Madrid 1982.

- “Empresa y sociedad”, *Estudios en homenaje a J. Garrigues* t. I, Madrid 1971.

- POLO SÁNCHEZ, E., *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Civitas, Madrid 1990.

- PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, ERDP, 1968.

- *Tratado de Derecho Procesal Civil, proceso declarativo y proceso de ejecución*, Aranzadi, Pamplona 1985.

- REBOLLEDO VARELA, A., “Comentario al art. 17”, AA. VV., *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano R.), Aranzadi 2000.

- REGLERO CAMPOS, F., “Comentario al art. 19 LCGC”, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dir. R. Bercovitz, Aranzadi 2000.

- RIBA TREPAT, C., *Comentarios a la Ley de condiciones Generales de la Contratación* (coord. Arroyo Martínez y Miquel Rodríguez), Tecnos, Madrid 1999.

- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente”, *Derecho de los Negocios*, nº 86/1997.

- “El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998 de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación”, *Anuario de la Fundación Ciudad de Lleida*, nº 9/1998.

- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a P., “Las Tendencias unificadoras del Derecho contractual europeo”, en *RDP*, noviembre-diciembre 2003.

- SANTOS VIJANDE, J. M^a, *Declinatoria y declinatoria internacional*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Intervención de terceros en el proceso; e “Interpretación de las normas procesales”, Estudios de Derecho Procesal, Barcelona 1969;
- *Presente y futuro del proceso civil*, Editorial Bosch, 1998;
- *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Editorial Bosch Barcelona 2000.
- SILGUEIRO ESTAGNAN, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de grupos*, Madrid, Dykinson, 1995.
- TIMPANARO RONCERO, S., “Las condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas”, coordinado por L. Díez-Picazo, Fundación BBV-Civitas, Madrid 1996.
- VATTIER FUENZALIDA, C., “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, *RCDI*, septiembre-octubre 1995;
- VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., en AA.VV.: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, dir. A. Menéndez y L. Díez-Pizcazo, pp. 145-263, Civitas, Madrid 2002.
- “El Derecho europeo de contratos y el Anteproyecto de Pavía”, en *ADC*, octubre-diciembre 2008, pp.1840 a 1865.
- WACH, A., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires 1977 (trad. Banzhaf);
- *La pretensión de declaración*, EJEA Buenos Aires 1962 (trad. J.M. Semón).

ANEXO 1.

ABSTRACT- SUMMARY

The investigation aims to study the procedural norms contained in Law 7/1998 (April 13 1998) General Conditions on Contracts (LCGC). This modality of contracts, fully generalized on the market today, is usually, used to put on the market extensive consumers' goods and services. However, its peculiarity in relation to the classical modes of contraction also gave rise to new controversies between the contract parties, the manager or professional (predisponent) whom imposes the general conditions to the interested parties in acquiring the commercialized good or service, these can be consumers and users or another manager or professional.

The main objective of the study is to analyse the procedural norms that are regulated in the special legislation about general conditions of contracts aimed to answer the needs of guardianship that arise from actions regulated by law, as the law ascribes the control of these same general conditions, exclusively, to the court. The norms include two kinds of provisions: a) substantive orders that the court has to take into account in the proceedings of the control's process; b) a series of procedural specialties scattered in the Law of Civil Suit (LEC) and in LCGC itself ,keeping in mind that LEC did not decide in organizing a special process in that matter. Also, you have to take into consideration the norms contained in the Revised Text of the General Law for the Defense of consumers and Users (TRLGDCU) most of all on the qualification and regulation of the abusive clauses to which norm LCGC refers.

In the procedural field for the defense of the rights that spring from this model of contracts, two standard actions are envisaged: with individual and collective actions with a well defined target according to one or the other. Individual actions rise from the contract itself signed by both parties, which are legitimized to demand the rights and obligations included in the contract, on an equal basis as any other contract, with the procedural specialty LCGC that the judicial statement of non-embodiment to the contract or nullity of the general conditions clauses only the adherent (not the predisponent) can urge it in accordance with the general rules that govern the contractual nullity.

The thesis studies the different kinds of actions, preferably collective with the last chapter on individual actions. First, there is a statement about the content, then an analysis of specialties related to the judicial medium and parties, with emphasis, in an independent chapter, on the norms that govern the legitimate assets that are regulated in the LCGC not in LEC. It also analyses the rules of plurality of parties as well as the legal control. Regarding the court, it studies the norms about administrative area and competence. It also analyses statement proceedings that occur during the allegation period, as well as the prosecution sentence on collective actions, its consequences (extension of judged item) and its forced carrying out. Before all this, there are some pages dedicated to the legal rules of the general conditions about signing a contract, the evolution of its norms, and its subjective and objective field of application.

The thesis writer has used doctrinal, jurisprudential and legal sources. Based on the governing body 93/13/CEE of the Advisory Council April 5 1993 on abusive clauses in contracts signed between consumers, and in its development the Law 7/1998 ,April 13, on General Conditions of Contract (LCGC) ,the Revised Text of General Law for the Defense of Consumers and Users (TRLGDCU), LEC and others.

In the study's main conclusions, the positive valuation of the legal norms, stands out, given the peculiarity of this form of contract, with the option of jurisdictional control, it's a difference from other decrees which choose administrative control, even though combining both controls would be an acceptable option as you look into the actual load of work of the courts. However, we consider unduly extended the lawfulness granted for conducting collective actions. The extended faculties of integration of a contract partially annulled by the court and the sentence spreading impact on whom were not part in the process and the possibility to benefit from the refunding of a certain amount of money and compensation for the revocation of abusive clauses (effects ultra parties). We realize it is necessary to unify the law code regarding the General Conditions and consume that nowadays are divided between the Court of First Petition and Commercial. The control must be unified under the Court of First Petition, as it generally, happens with the private contracts. It's one other conclusion with proposal of improvement of the prevailing legislation.

Madrid 2015.

ANEXO 2.

RESUMEN TESIS (TESEO)

Las condiciones generales de la contratación, que la ley define como aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, constituye hoy en día una forma generalizada de contratar a través de la cual se ponen en el mercado bienes y servicios de amplio consumo. Es objeto de estudio en este trabajo este tipo de contratación en masa por medio de condiciones generales de la contratación. Este fenómeno que surge y se desarrolla con la revolución industrial del s.XX, adquiere relevancia en la segunda mitad de ese siglo. Supone un cambio importante y radical en la contratación civil y mercantil que plasman los códigos promulgados en el s.XIX, que partían de la libertad de las partes para regular sus relaciones contractuales y esa libertad de pactos venía a constituir la Ley del contrato, cuyo cumplimiento y exigencia era amparada por los tribunales de justicia.

Esa perspectiva cambia cuando se utiliza el contrato con condiciones generales que se redacta o utiliza por una sola de las partes del contrato (el empresario o profesional) y se impone a la persona que quiere adquirir el bien o servicio que se pone en el mercado, la cual no tiene otra alternativa que aceptar el contrato con sus condiciones previamente redactadas o renunciar a adquirir el bien o servicio.

En la regulación de esta materia han tenido influencia decisiva la protección del consumidor que en los últimos años del s.XX ha irrumpido en el campo del Derecho como una parte del contrato que merece especial protección, para lo que es básico la transparencia, la buena fe y el equilibrio de prestaciones que debe primar en un mercado de bienes y servicios regido por la libre y leal competencia.

Ello ha motivado una regulación específica por parte de la UE, con el fin de lograr que los países que la integran tengan una legislación homogénea y homologable en todos ellos en esta materia. En este camino ha sido decisiva la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En desarrollo o transposición de la citada Directiva se dicta la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) objeto de estudio. Junto a esa normativa es obligado estudiar conjuntamente las normas que la complementan que se incluyen en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU). También son decisivas las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que establece especialidades que se han de observar en los procesos de condiciones generales de la contratación. Esta normativa tiene un objetivo básico: el control de las condiciones generales de los contratos y eliminar del mercado las condiciones abusivas que produzcan un desequilibrio importante en perjuicio de la buena fe.

De la normativa referida se deriva el estudio de los efectos de la LCGC en el ámbito sustantivo y procesal, partiendo de la base de que esa Ley atribuye el control de las condiciones generales a los tribunales exclusivamente. Para ello incluye dos clases de disposiciones: las de orden sustantivo que han de tener en cuenta los tribunales en los procesos en que se lleve a cabo ese control; y una serie de especialidades procesales dispersas en la LEC y en la propia LCGC, toda vez que la LEC no ha optado por regular un proceso especial en esta materia.

Siguiendo la legislación expresada se estudian los conceptos básicos de la LCGC, como son la propia definición citada de qué ha de entenderse por CGC, los sujetos que intervienen en esa forma de contratar, básicamente el empresario o profesional predisponente de las condiciones generales, y el adherente a las mismas, bien sea un consumidor o usuario u otra entidad o profesional. De todos ellos da una definición la LCGC.

También define la LCGC lo que ha de entenderse por cláusula nula, cláusula abusiva y cláusula que, aún sin tener esa condición, sin embargo no puede tenerse por incorporada al contrato al no superar el control de claridad y transparencia que exige la propia normativa. Junto a ello se determinan los contratos sujetos a la LCGC, tanto por razón de su contenido como por la legislación aplicable a los mismos. Así mismo se examinan las consecuencias jurídicas de todo ello y los efectos sobre el contrato pactado que la LCGC establece, sobre todo si el contrato puede subsistir sin la cláusula ilegal, si debe ser integrado o si no puede subsistir, en función de lo que decida el tribunal al resolver el proceso.

Un aspecto importante y novedoso en nuestra legislación es que la normativa en la materia incluye una relación de cláusulas que “*en todo caso*” han de calificarse de abusivas (arts. 85 a 90 TRLGDCU, a los que remite el art. 8 LCGC), lo que al tratarse de preceptos legales obligará a los tribunales a aplicarlos y tenerlos en cuenta al decidir la contienda.

En el ámbito procesal la LCGC objeto de estudio contempla para la defensa de los derechos que regula, el ejercicio de dos tipos de acciones: las individuales y las colectivas, definiendo el objetivo que se pretende obtener con unas y otras. Las acciones individuales derivan del propio contrato firmado por las partes, las cuales están legitimadas para exigir los derechos y obligaciones que del mismo derivan, al igual que ocurre en cualquier otro contrato, con la especialidad procesal de la LCGC de que la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales solo puede instarla el adherente (no el predisponente) de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

El ejercicio de las acciones colectivas requiere como premisa que la Ley, en este caso la LCGC, atribuya una legitimación extraordinaria a determinadas personas y entidades, únicas habilitadas por la Ley para ejercitar esas acciones colectivas. Entre esas acciones colectivas la más utilizada es la acción de cesación, cuya base no es impugnar un contrato determinado sino la utilización de cláusulas abusivas en la generalidad de contratos que conciertan el demandado o demandados, con la finalidad de eliminar ese tipo de cláusulas del mercado. Las otras dos acciones colectivas que regula la LCGC, la acción de retractación y la acción declarativa, son objeto de menor utilización ya que mientras la acción de retractación tiene fines similares a la de cesación en cuanto parte de la existencia de una cláusula abusiva para obligar a retractarse de su recomendación, la acción declarativa tiene por objeto que una determinada cláusula se considere como condición general de la contratación y no como cláusula negociada.

Las acciones colectivas (en especial la acción de cesación) ejercitadas por las personas y entidades habilitadas legalmente para ello, no vinculadas directamente con la titularidad de la relación jurídica u objeto litigioso, son una de las novedades más importantes que ha irrumpido en el Derecho Procesal en los últimos años, dando lugar a procesos de considerable notoriedad al estar en juego intereses colectivos que afectan, normalmente, a

un importante número de contratos y de personas. Ello ha motivado ya una línea jurisprudencial de las Audiencias Provinciales que, en parte, se transcriben en este trabajo, en la que se empieza a profundizar en sus aspectos más significativos. También han sido decisivas las aportaciones en esta materia del Tribunal Supremo y del TJUE, algunas de cuyas sentencias más significativas también se reseñan y comentan.

Partiendo de esas premisas, en capítulos separados se estudian, además de las especialidades procesales referidas de la LCGC, las especialidades procesales que se contemplan en la LEC aplicables a los procesos en que se ejercitan esas acciones al llevar a cabo los tribunales el control jurisdiccional que la LCGC les atribuye en exclusiva. Se estudian las especialidades relativas a la competencia territorial, objetiva y funcional, la clase de juicio o proceso que se ha de seguir en cada caso, las especialidades en materia de intervención, acumulación de acciones y procesos, los efectos de la sentencia que se dicte y la publicidad de la misma una vez que adquiera firmeza, también en lo que se refiere a los recursos contra la misma. Así mismo se estudian las especialidades en materia de ejecución de la sentencia dictada y los casos en que los efectos de la misma se puede extender a personas o entidades que no fueron parte en el proceso. Se termina con las especialidades relativas a la acción individual en materia de condiciones generales de la contratación.

Se deja al margen las normas que son comunes a los procesos y no tiene especialidades en los que son objeto de estudio, como la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, la representación procesal y la defensa técnica, así como los actos de reparto, comunicación y prueba, entre otros.

Destacar también que los principios de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* sobre control judicial que hemos analizado no son incompatibles con las leyes sustantivas y procesales básicas, sino que deben considerarse como complementarios y enmarcados en nuestro derecho contractual y procesal, debiendo los criterios y principios que informan una y otra normativas ser *objeto de una interpretación conjunta* a la hora de determinar cuándo una cláusula contractual es abusiva o nula, o supone un claro desequilibrio entre las partes o atenta al principio básico de la buena fe exigible en todo caso.

Las conclusiones del trabajo valoran los criterios legislativos seguidos para dar respuesta a la contratación con condiciones generales, las facultades que se atribuyen al tribunal a fin de hacer efectivo el control de esas condiciones generales que tienen encomendado por la Ley y también las limitaciones que tiene el propio tribunal al tener que aplicar criterios concretos establecidos por el legislador a la hora de decidir los juicios, la quiebra de algunos principios procesales clásicos derivados de la legitimación extraordinaria que se atribuye a determinadas personas y entidades que no son parte del contrato para el ejercicio de las acciones colectivas y los efectos *ultra partes* de las sentencias que se dicten en estos procesos en algunos casos. También se valoran las opciones de la LEC en materia del proceso elegido para dirimir estos litigios y la distribución de competencias entre los juzgados civiles y mercantiles.

Así mismo se valoran las opciones del legislador al establecer normas claras sobre lo que ha de considerarse abusivo “*en todo caso*” y los criterios de transparencia que le son exigidos a los contratos con condiciones generales que si bien eran criterios que la Jurisprudencia ya había aplicado en algunas ocasiones y no eran extraños a nuestro derecho, sin embargo su concreción expresa en una norma juega en beneficio de la seguridad jurídica que la Constitución considera un derecho fundamental del que se benefician tanto las partes del proceso como el propio tribunal encargado de aplicar la Ley.

Madrid 2015.